

Münster 1982.

ILKE SEILER

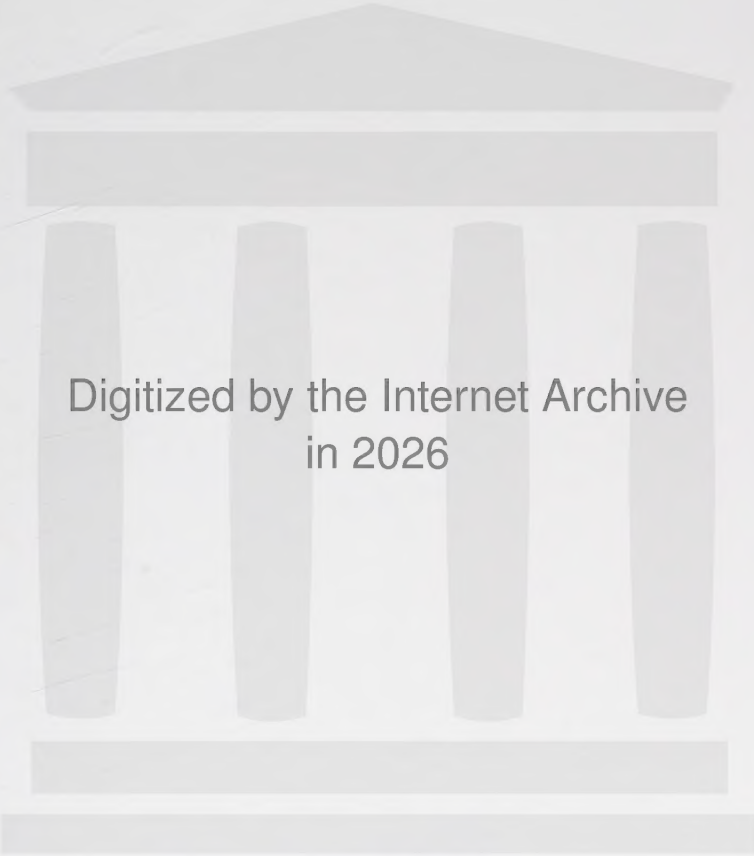
DIE PATRONATSERKLÄRUNG

IM INTERNATIONALEN WIRTSCHAFTSVERKEHR

(AUS BANKRECHTLICHER SICHT, UND ZWAR IM WIRTSCHAFTS-
VERKEHR MIT ENGLAND, FRANKREICH UND DER SCHWEIZ)

1982

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0007

Dem Andenken meiner Eltern

Die Patronatserklärung
im internationalen Wirtschaftsverkehr

(aus bankrechtlicher Sicht, und zwar im Wirtschafts-
verkehr mit England, Frankreich und der Schweiz)

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster



vorgelegt von
Ilke Seiler
aus Garbolzum/Hildesheim
1981



Erster Berichterstatter: Professor Dr. Sandrock
Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Großfeld
Dekan: Professor Dr. Dr. Krawietz
Tag der mündlichen Prüfung: 15.2.1982

Die Patronatserklärung
im internationalen Wirtschaftsverkehr

(aus bankrechtlicher Sicht, und zwar im Wirtschafts-
verkehr mit England, Frankreich und der Schweiz)

Teil 1:

Einführung

1. Begriff/Instrument der Patronatserklärung
2. Motive zur Wahl des Inhalts einer Patronatserklärung

Teil 2: Die Patronatserklärung nach materiellem Recht

I. Die Patronatserklärung nach deutschem
materiellen Recht

1. Abgrenzung zu anderen Sicherheiten,
insbesondere Personalsicherheiten

- a) Kreditauftrag
- b) Bürgschaft
- c) Schuldmitübernahme
- d) Garantie

2. Sicherheitenwert

- a) Erfüllung
- b) Schadensersatz wegen Nichterfüllung
- c) Verpflichtung zur Sicherheitsleistung bei Eintritt
von Zahlungsschwierigkeiten bei der Tochter-
gesellschaft
- d) Andere Rechtsfolgen
 - aa) Schadensersatz wegen Verletzung von
Auskunftspflichten
 - bb) Vertrauenshaftung
 - cc) Rechtsscheinhaftung
 - dd) Durchgriffshaftung
 - ee) Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 7

3. Ein weiteres Risiko im Zusammenhang mit Patronatserklärungen
4. Auswirkungen der "Verwertung" einer Patronatserklärung auf die Rechtsbeziehung zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft
5. Weitere Einzelfragen zur Patronatserklärung
 - a) Abtretbarkeit/Verpfändbarkeit und Pfändbarkeit
 - b) Zahlung ohne Abzug
 - c) Bankgeheimnis
 - d) Devisenrechtliche Probleme

II. Die Patronatserklärung nach schweizerischem materiellen Recht

1. Rechtsnatur und Rechtsfolgen
2. Zur Vermeidung der angeblichen Formungültigkeit einer (bürgschaftsähnlichen) Patronatserklärung
3. Zur Bilanzierung einer Patronatserklärung

III. Die Patronatserklärung nach englischem materiellen Recht

1. Rechtsnatur und Rechtsfolgen
2. Zur Form
3. Zur Forderungsabtretung

IV. Die Patronatserklärung nach französischem materiellen Recht

1. Rechtsnatur
2. Besonderheiten nach französischem materiellen Recht
3. Schadensersatz bei Verzug oder Nichterfüllung
4. Zur Abtretung

V. Zusammenfassung

Teil 3: Die kollisionsrechtliche Anknüpfung
der Patronatserklärung

I. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach
deutschem internationalen Privatrecht

1. Grundsatz der Parteiautonomie
2. Ausdrückliche Rechtswahl deutschen Rechts
3. Stillschweigende Rechtswahl deutschen Rechts
4. Ermittlung des sogenannten hypothetischen
Parteiwillens
5. Anknüpfung an den Erfüllungsort
6. Zum Formstatut

II. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach
schweizerischem internationalen Privatrecht

III. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach
englischem internationalen Privatrecht
(private international law of contracts)

IV. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach
französischem internationalen Privatrecht

V. Zusammenfassung

Teil 4: Gerichtliche Geltendmachung, Anerkennung
und Vollstreckung "aus" einer Patronatserklärung

1. vor ordentlichen Gerichten

- a) Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen
- b) Anerkennung und Vollstreckung im Ausland

2. vor Schiedsgerichten

- a) Schiedsklausel und Schiedsvertrag
- b) Die neue Entwicklung im französischen Recht
- c) Wesentliche Verfahrensfragen nach der
Verfahrensordnung der IHK
- d) Wesentliche Verfahrensfragen nach der
Schiedsordnung der LCA
- e) Wesentliche Verfahrensfragen nach der
Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung
der Zürcher Handelskammer (SSO)
- f) Zum einstweiligen Rechtsschutz
- g) Anerkennung und Vollstreckung im Ausland

Teil 5: Ergebnis

Literaturverzeichnis

- Altenburger, Peter R.: Die Patronatserklärungen als
- unechte - Personalsicherheiten
(Basler Dissertation)
Schweizer Schriften zum Handels-
und Wirtschaftsrecht, Band 40,
Zürich 1979
- Barfuss, Werner: Die Einbeziehung Allgemeiner
Geschäftsbedingungen in den Ver-
trag nach französischem Recht
RIW/AWD 1975,319
- Batiffol, Henri: Droit international privé
4. édition 1967
- Batiffol, Henri/
Lagarde, Paul: Droit international privé
7. édition Band 1 1981
- Baumbach-Duden: Handelsgesetzbuch
24. Aufl. 1980
- Baumbach-Hefermehl: Wechselgesetz und Scheckgesetz
12. Aufl. 1978
- Baumbach-Hueck: Aktiengesetz
13. Aufl. 1968
- Baumbach-Lauterbach-
Albers-Hartmann: Zivilprozeßordnung
36. Aufl. 1978
- Beckmann, Klaus F.: Die Bedeutung der Vertragssprache
im Internationalen Wirtschafts-
verkehr
RIW/AWD 1981,79
- Beisswingert, Rolf: Handelsgeschäfte mit Frankreich
1969
- Bendref, Bernd: Vereinbarung neutralen Rechts
in internationalen Verträgen
RIW/AWD 1980,386
- Birck, Heinrich/
Meyer, Heinrich: Die Bankbilanz
3. Aufl. ab 1976 (2. Teillieferung
1977 / 4. Teillieferung 1979)
- Bodenstein, Friedel/
Eberth, Rolf: Kreditsicherung im Geschäfts-
verkehr mit dem Ausland
Band 1: Frankreich 1977
- Böckstiegel, Karl-Heinz: Die neue Schiedsgerichtsordnung
der Internationalen Handelskammer
NJW 1977,463

- Böttger, Günther: Übersicht über das englische Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht in "Das Zwangsvollstreckungsrecht im Ausland"
Hrsg. Deutscher Sparkassen und Giroverband e.V. 1975
- Bordt, Karl: Die Bedeutung von Patronats-
erklärungen für die Rechnungs-
legung,
Die Wirtschaftsprüfung 1975, 285
- Brink, Ulrich/
Habel, Wolfgang: Recht der Kreditsicherheiten in
europäischen Ländern
Teil IV: England, herausgegeben
von Hadding, Walther und
Schneider, Uwe H.
- Brönner, Herbert/
Kamprad, Balduin: Kommentar zum Kapitalverkehr-
steuergesetz
3. Aufl. 1979
- Canaris, Claus-Wilhelm: Bankvertragsrecht einschl. Konto-
korrentrecht und Recht Allgemeiner
Geschäftsbedingungen
1975
- Catrice, R. L.: Bürgschaft in Frankreich
Internationale Wirtschaftsbriefe
Frankreich Fach 5 Gruppe 3 S. 15
- Cohn, E.J.: Kein Zustandekommen von Gerichts-
standsvereinbarungen durch still-
schweigende Annahme im Verhältnis
zu Großbritannien
AWD 1972, 601
- Cohn, E. J.: Zur englischen Schiedsklausel
AWD 1971, 210
- Cohn, E. J.: Die englische Schiedsgerichts-
barkeit
AWD 1974, 65
- Coing, Helmut: Zur Anwendung zwingender aus-
ländischer Verträge: Art. 7 des
Übereinkommens über das auf ver-
tragliche Schuldverhältnisse
anzuwendende Recht
WM 1981, 810
- Coing, Helmut: Eine neue Entscheidung zur Haftung
der Banken wegen Gläubiger-
gefährdung
WM 1980, 1026

- Coing, Helmut: Haftung aus Prospekthaftung für Kapitalanlagen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
WM 1980, 206
- Coing, Helmut: Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen
NJW 1977, 1793
- Dalloz: Code civil
Paris 1970/71
- Derruppé, Jean: Droit international privé
6. édition 1980
- Deutsche Bank: Aktuelle Rechts- und Steuerfragen: Die GmbH-Reform 1980
1980
- Dicey and Morris: The Conflict of Laws
8. edition 1967
- Diederichsen, Uwe: Die neuen Grenzen für Gerichtsstandsvereinbarungen
Betriebs-Berater 1974, 377
- Dirichs, Joachim: Die Haftung der Banken für Rat und Auskunft, dargestellt an den Beispielen des Anlageberaters und der Kreditauskunft (Diss.)
- Drobnig, Ulrich: Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 4
1959
- Endlich, Günter: Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen und die Schiedsordnungen auf nationaler und internationaler Ebene
Teil I Der Betrieb 1979, 2411 und
Teil II Der Betrieb 1979, 2469
- Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
4. Aufl. 1967
- Ferid, Murad: Das Französische Zivilrecht
1. und 2. Band 1971
- Finger, Peter: Bankgarantien und deutsches Internationales Privatrecht
AWD 1969, 486
- Finger, Peter: Die Forfaitierung, ihre Erscheinungsformen in der Praxis und ihre rechtliche Behandlung
Betriebs-Berater 1969, 765

- Forstmoser, Peter: Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr in "Rechtsprobleme der Bankpraxis" Bern 1976
- Fuhlrott, Volker: Vollstreckung ausländischer Urteile - Gerichtsstandsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen NJW 1973,1532
- Ganske, Joachim: Das deutsch-britische Vollstreckungsabkommen AWD 1961,172
- Geigy-Werthemann, Catherine: Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973 Basel
- Gerth, Axel: Atypische Kreditsicherheiten unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Rechnungslegung 1. Aufl. 1977
- Gerth, Axel: Atypische Kreditsicherheiten, Liquiditätsgarantien und Patronats-erklärungen deutscher und ausländischer Muttergesellschaften 2. Aufl. 1980
- Gerth, Axel: Die Beendigung des Gewinnabführungs und Beherrschungsvertrages Betriebs-Berater 1978,1497
- Gerth, Axel: Probleme der Wechselforfaitierung Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1979,576
- Gitter, Wolfgang: Haftungsausschluß und gesetzlicher Forderungsübergang bei Arbeitsunfällen im Ausland NJW 1965,1108
- Glattfelder, Hans: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Zürcher Handelskammer Wirtschaftliche Publikationen der Zürcher Handelskammer Heft 41 Zürich 1979
- Glossner, Ottoarndt: Die UNCITRAL-Schiedsordnung in der Praxis RIW/AWD 1978,141
- Glossner, Ottoarndt: Die UNCITRAL-Schiedsregeln zwischen Privatrecht und Völkerrecht RIW/AWD 1981,300

- Godin-Wilhelmi: Aktiengesetz Kommentar
3. Aufl. Band I und II 1967
- Graue, Eugen Dietrich: Rück- und Weiterverweisung im
internationalen Vertragsrecht
AWD 1968,121
- Graupner, Rudolf: Zum Abschluß von Gerichtsstands-
vereinbarungen nach englischem
Recht
AWD 1973,129
- Graveson, R. H.: Conflict of Laws, private inter-
national Law
7. edition
London 1974
- Großkommentar zum Aktien- 3. Aufl. IV. Band §§ 291 - 410,
gesetz: Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
1975
- Guhl, Theo: Das schweizerische Obligationen-
recht mit Handels- und Wertpapier-
recht
6. Aufl. Zürich 1972
- Haberlandt, Helmut: Zur Problematik der Durchgriffs-
haftung, Identität und Durchgriff
Betriebs-Berater 1980,847
- Hachenburg: GmbH-Gesetz-Großkommentar
1975 Band I
- Hahn, Jürgen: GmbH-Ratgeber für die Praxis
Das neue Recht für GmbH und
GmbH & Co. KG
Deutscher Industrie- und Handelstag
1980
- HwStR: Handwörterbuch des Steuerrechts
und der Steuerwissenschaften
L - Z 1972
- Hauptfachausschuß im Der rechtliche Charakter von
Institut der Wirtschafts- Patronatserklärungen
prüfer in Deutschland e.V.: Bank-Betrieb 1976,362
- Heinsius, Theodor: Bürgschaften von Schweizern
als Kreditsicherheiten
Bank-Betrieb 1964,14
- Herdegen, Matthias: Einstweiliger Rechtsschutz durch
Schiedsgerichte in rechtsverg-
leichender Betrachtung
RIW/AWD 1981,304

- Hoffmann von, Bernd: Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
AWD 1973,57
- Huber, Harald G.: Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten in "Rechtsprobleme der Bankpraxis"
Hrsg. Forstmoser Bern 1976
- Hülsen von, Hans-Viggo: Die Gültigkeit von Internationalen Schiedsvereinbarungen
1973
- Immenga, Ulrich: Der neue Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz
Betriebs-Berater 1977,957
- ICC-Publikation bzw. Publikation der Internationalen Handelskammer Paris: Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofes der ICC
1975
- Jayme, Erik: Sprachrisiko und internationales Privatrecht beim Bankverkehr mit ausländischen Kunden in Festschrift für Bärmann zum 70. Geburtstag
1975
- Jonas: Das deutsch-schweizerische Vollstreckungsabkommen vom 2.11.1929
Juristische Wochenschrift 1930,3284
- Kamprad, Balduin: Gesellschaftssteuerpflicht bei Patronatserklärungen
Der Betrieb 1969,327
- Kegel, Gerhard: Internationales Privatrecht
4. Aufl. 1977
- Kelz, Erich: Versprechen einer künftigen Sicherheitsleistung
Bank-Betrieb 1972
- Klein, Peter: Die Abtretung von Forderungen nach englischem Recht
WM 1978,390
- Kleiner, Beat: Bankgarantie
3. Aufl. Zürich 1979
- Klima, Peter: Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen durch stillschweigende Annahme im Verhältnis zu Frankreich
Betriebs-Berater 1972,507

- Kohler, Klaus: Die moderne Praxis des Schiedsgerichts wesens in der Wirtschaft 1967
- Kropholler, Jan: Elastische Anknüpfungsmomente für das Internationale Vertrags- und Deliktsrecht RIW/AWD 1981,359
- Kropholler, Jan: Internationales Einheitsrecht 1975
- Kümpel, Siegfried: Schutz ausländischer Börsentermingeschäfte vor dem deutschen Differenzeinwand WM 1978,862
- Kuhn, Georg: Häften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich? in Festschrift für Robert Fischer 1979,351
- Kuhn, Georg: Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH WM 1978,598
- Lammel, Siegbert: Zur Auskunftshaftung Archiv für die civilistische Praxis Band 179 S. 337
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts II. Bd. Besonderer Teil 12. Aufl. 1981
- Lindacker, Walter: Zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben WM 1981,702
- Locher, Torsten: Grundlagen der Haftung einer Bank für Kreditauskünfte (Diss. 1970)
- Loebell, Klaus: Die Schiedsgerichtsbarkeit der Zürcher Handelskammer AWD 1973,256
- Löwe, Walter: Das neue Recht der Gerichtsstandsvereinbarung NJW 1974,473
- Lorenz, Werner: Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch Archiv für die civilistische Praxis Band 157 S. 265
- Loussouarn, Yvon/
Bredin, Jean-Denis: Droit du commerce international Paris 1969

- Lutter, Marcus: Zur Haftung des Emissions-
gehilfen im grauen Kapitalmarkt
in Festschrift für Johannes Bär-
mann 1975,605
- Lwowski, Jürger Kreditsicherheiten Grundzüge
für Studium und Praxis
4. Aufl. 1979
- Maier, Hans-Jakob: Internationales Privatrecht
(Schuldrecht) in Europa
NJW 1962,323
- Mann, Frederic A.: Das neue englische Schiedsgesetz
und die internationale Schieds-
gerichtsbarkeit
NJW 1979,1745
- Freiherr Marschall von Bankgarantien im internationalen
Bieberstein, Wolfgang: Zahlungsverkehr in "Dokumenten-
akkreditive und Bankgarantien im
internationalen Zahlungsverkehr"
Arbeiten zur Rechtsvergleichung
87 1977,27
- Martiny, Dieter: Zustandekommen von Gerichtsstands-
vereinbarungen und still-
schweigende Rechtswahl bei
Vertragshändlerverträgen
AWD 1972,165
- Masset, Thierry: Le traitement des engagements
des sociétés-mères au profit
de leurs filiales
in Analyse financière
1er trimestre 1975,24
- Menzel-Kuhn: Konkursordnung
8. Aufl. 1976
- Mertens, Hans-Joachim: Zur Bankenhaftung wegen
Gläubigerbenachteiligung in
ZHR 1979, 143. Band S. 174
- Mertens, Hans-Joachim: Großkommentar zum GmbHG/
Hachenburg
7. Aufl. 1978 2. Teil
- Metzger, Ernst: Gerichtsstands- und andere
Klauseln im Geschäftsverkehr
mit Frankreich
AWD 1974,377
- Metzger, Ernst: Kernpunkte der französischen
Reform des Schiedsgerichtswesens
RIW/AWD 1980,677
- Metzger, Ernst: Das neue französische Gesetz
über die erleichterte Mantel-
zession
RIW/AWD 1981,213

- Meyer-Cording, Ulrich: Konkursverzögerung durch erfolglose Sanierungsversuche
NJW 1981,1242
- Meyer-Wild, H.: Juristische Wochenschrift
1930,3287
- Morris: Cases on private international law
3. edition 1960
- Moser, Rudolf: Das internationale Obligationenrecht in Rabels Zeitschrift 31
S. 674
- Möser, Heinz-Dieter: Patronatserklärung und Kreditwürdigkeit
Der Betrieb 1979,1469
- Mosch, Wolfgang: Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihre Bedeutung für die Rechnungslegung
1978
- Müller, Ferdinand: Neue Inkasso-Richtlinien der Internationalen Handelskammer
Die Bank 1978,545 ff
- Müller, Ulrich: Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung
NJW 1969,2169
- Müllhaupt, Walter: Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung
Schweizerische Aktiengesellschaft
1978,109
- Nagel, Heinrich: Durchsetzung von Vertragsansprüchen im Auslandsgeschäft, Klage vor dem Schieds- oder Staatsgericht im Inland oder Ausland
1978
- Nielsen, Jens: Zahlungsbedingungen im Auslandsgeschäft
Die Bank 1980,80
- Nielsen, Jens: in Bankrecht und Bankpraxis
Band II 5. Teil: Auslandsgeschäft
1979
- Obermüller, Manfred: Die Patronatserklärung
ZGR 1975
- Obermüller, Manfred: Unternehmensverträge als Sicherheit für Kredite an Tochtergesellschaften
Die Bank 1977 Heft 10,38

- Obermüller, Manfred: Abkaufsverpflichtung und Verpflichtung zu künftiger Sicherheitsleistung bei Insolvenz des Verpflichteten
Der Betrieb 1976,901
- Obermüller, Manfred: Manuskript zu Bankrecht und Bankpraxis XVI. 2 b)
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch
39. Aufl. 1980
- Peltzer, Martin: Die Haftung der Konzernmutter für die Schulden ihrer Tochter, mit der sie durch Ergebnisabführungsvertrag und/oder Beherrschungsvertrag verbunden ist, insbesondere im Falle der Insolvenz der Tochter
Die Aktiengesellschaft 1975,309
- Piltz, Burghard: Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem EuGVÜ
NJW 1981,1876
- Pleyer, Klemens: Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel
Sonderbeilage Nr. 2/1973 zur WM Teil IV Nr. 27 vom 7.7.1973
- Raape, Leo: Internationales Privatrecht
5. Aufl. 1961
- Raape, Leo: Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht
NJW 1959,1013
- Rehbinder, Eckard: Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht in Festschrift für Robert Fischer
1979
- Rehbinder, Eckard: Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht
1969
- Reichsgerichtsrätekommentar: BGB (RGR) Das Bürgerliche Gesetzbuch 11. Aufl. 1960
I. Band 2. Teil §§ 241 - 432 und II. Band 2. Teil §§ 705 - 853
- Reinecker, Heinrich: Der Zivilprozeß und die Zwangsvollstreckung in der Schweiz in "Das Zwangsvollstreckungsrecht im Ausland" Hrsg. Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V.
1975

- Reinecker, Heinrich/
Petereit, Wolfgang: Recht der Kreditsicherheiten
in europäischen Ländern Teil II:
Frankreich, herausgegeben von
Hadding, Walther, und Schneider,
Uwe H.
1978
- Reithmann, Christoph: Internationales Vertragsrecht
3. Aufl. 1980
- Ruedin, Roland: La lettre d'intention en droit
suisse in Hommage à Paul-René
Rosset à l'occasion de son 70e
anniversaire 1976/77
- Rüede, Thomas/
Hadenfeldt, Reimer: Schweizerisches Schieds-
gerichtsrecht
Zürich 1980
- Rümker, Dietrich: Probleme der Patronatserklärung
in der Kreditsicherungspraxis
WM 1974,990
- Sambuc, Thomas: Unklarheitenregelung und enge
Auslegung von AGB
NJW 1981,313
- Samtleben, Jürgen: Internationale Gerichtsstands-
vereinbarungen nach dem EWG-
Übereinkommen und nach der
Gerichtsstandsnovelle
NJW 1974,1590
- Sandberger, Georg/
Teubner, Gunther: Ausgleichsansprüche deutscher
Handelsvertreter im deutsch-
englischen Handelsverkehr
RIW/AWD 1975,256
- Sandrock, Otto: Handbuch der internationalen
Vertragsgestaltung Band 1 und 2
1980
- Sandrock, Otto: Zur ergänzenden Vertragsauslegung
im materiellen und internationalen
Schuldvertragsrecht
1966
- Sichtermann, S.: Bankgeheimnis und Bankauskunft
2. Aufl. 1966
- Siehr, Kurt: Zum Entwurf eines schweizerischen
Bundesgesetzes über das inter-
nationale Privatrecht
RIW/AWD 1979,729
- Smart, A.M.H.: Letters of Responsibility, The
position under English Law,
International Bar Association,
Section on Business Law,
Conference Atlanta 1977,
Committee E: Commercial Banking

- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch
9. Aufl. 1961 Band V Erbrecht
und Einf.Gesetz
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch
9. Aufl. 1959 Band I §§ 1 - 432
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch
9. Aufl. 1962 Band II §§ 433 - 853
- Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch
Band I Allgemeiner Teil
§§ 1 - 240
11. Aufl. 1978
- Sonnenberger, Hans-Jürgen: Französisches Handels- und
Wirtschaftsrecht
1975
- Soulas de Russel,
Dominique J.M.: Auswirkungen über die Verwendung
der französischen Sprache
RIW/AWD 1976,694
- Staudinger: Einführungsgesetz zum Bürger-
lichen Gesetzbuch
Teil 2a Art. 7-9, Internationales
Gesellschaftsrecht, Art. 11
10./11. Aufl. 1981
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Einf.Gesetz zum
Bürgerlichen Gesetzbuch
Teil 2b Internationales Schuld-
recht I
10./11. Aufl. 1978
- Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch
1. Band Allgemeiner Teil
11. Aufl. 1957 / 2. Band 4. Teil
10./11. Aufl. 1975
- Stecher, Reiner: Harte Patronatserklärungen,
rechtsdogmatische und praktische
Probleme (Diss.)
1978
- Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung
18. Aufl. 1953
- Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung
§§ 38 - 127 a
20. Aufl. 3. Lieferung 1978
- Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung
Einleitung, §§ 1 - 37
20. Aufl. 5. Lieferung 1979
- Steuer, Stephan: Devisentermingeschäfte und
Differenzeinwand
Die Bank 1980,87

sowie Differenzeinwand bei Wert-
papier-Termingeschäften
Die Bank 1980,88

- Steuer, Stephan: Haftung für Kreditauskünfte
Die Bank 1979,500
- Stoltenberg, Gunter: Die neue Schiedsordnung der
internationalen Handelskammer
in Paris
NJW 1975,2130
- Stoufflet, Jean: Les conflits de lois en matière
d'opération de Banques
Paris 1965
in Annales de la Faculté de Droit
et des Sciences Économiques 1965
Université de Clermont
- Sumampow, Mathilde: Anmerkung
Rechtswahl im Vertragsrecht
in Rabels Zeitschrift 30,329
- Schaffland, Hans-Jürgen: Patronatserklärungen - eine
Untersuchung des Sicherheits-
charakters und ihre Auswirkungen
auf die Rechnungslegung
Betriebs-Berater 1977,1021
- Schanze, Erich: Einmannsgesellschaft und Durch-
griffhaftung
1975
- Scheffler-Büeler: Das Wechsel- und Scheckrecht aller
Länder Frankreich Erg.Lfg.
Juli 1980
- Schlosser, Peter: Probleme der internationalen
Handelsschiedsgerichtsbarkeit
Teil I
Die Aktiengesellschaft 1979,237,
Teil II
Die Aktiengesellschaft 1979,278
- Schneider, Hannes: Letters of Responsibility, Inter-
national Bar Association,
1977 Conference Atlanta
Committee E: Commercial Banking
- Schnitz er, Adolf: Handbuch des Internationalen
Privatrechts
3. Aufl. 1950
- Scholz: Kommentar zum GmbH-Gesetz
6. Aufl. 3. Lieferung Anhang II:
Die GmbH als verbundenes Unter-
nehmen
- Scholze, Herbert: Das Konsortialgeschäft der
deutschen Banken
1. und 2. Halbband 1973

- Schönenberger, W.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht
Textausgabe mit Einleitung,
Anmerkungen, Ausführungsvor-
schriften und Gesamtregister
Zürich 1979
- Schönle, Herbert: Rechtsvergleichende Aspekte
(Frankreich, Belgien, Schweiz)
der Bankenhaftung aus Sanierungs-
aktionen
ZHR 2. u. 3. Heft April/Juni 1979
- Schraepfer, Hans-Joachim: Patronatserklärung als Sicherheit
Zeitschrift für das gesamte
Kreditwesen 1975, 215
- (Trost) Schütz: Bankgeschäftliches Formularbuch
18. Ausgabe 1969
- Schütze, Rolf: Allgemeine Geschäftsbedingungen
bei Auslandsgeschäften
Der Betrieb 1978, 2301
- Schütze, Rolf: Kollisionsrechtliche Probleme
der Forfaitierung von Export-
forderungen
WM 1979, 962
- Schütze, Rolf: Internationale Gerichtsstands-
vereinbarungen
WM 1974, 1417
- Schütze, Rolf: Forderungssicherung im deutsch-
iranischen Verhältnis
Betriebs-Berater 1979, 348
- Schulte, Wolfgang: Rechtsprechungsübersicht zum
Trennungsprinzip bei juristischen
Personen
Sonderbeilage Nr. 1/1979 zur WM
Nr. 11 vom 17.3.1979
- Schweizer Studien zum
internationalen Recht: Bundesgesetz über das inter-
nationale Privatrecht (IPR-Gesetz)
Gesetzesentwurf der Experten-
kommission und Begleitbericht
von Vischer, Frank, u. Volken, Paul
Zürich 1978
- Terray, Jacques: La Lettre de Confort in
La Banque März 1980 S. 329
- Thieme, Jürgen Dieter/
Mitscherlich, Matthias: Die Einbeziehung (incorporation)
Allgemeiner Geschäftsbedingungen
in den Vertrag nach englischem
Recht
AWD 1974, 173

- Triebel, Volker: Englisches Handels- und Wirt-
 schaftsrecht
 1978
- Triebel, Volker/
Lange, Dieter: Reform des englischen Schieds-
 gerichtsrechts
 RIW/AWD 1980,616
- Trinkner, Reinhold: Auslandsberührung als Voraus-
 setzung für die Prorogation eines
 ausländischen Gerichtsstands
 AWD 1973,32
- Ulmer, Peter/
Brandner, Hans-Erich/
Hensen, Horst-Diether: AGB-Gesetz Kommentar zum Gesetz
 zur Regelung des Rechts der All-
 gemeinen Geschäftsbedingungen
 3. Aufl. 1978
- Ungnade, Dieter: Anlageberatung und Haftung
 Zeitschrift für das gesamte
 Kreditwesen 1979,11
- Venrooy van, Gerd J.: Probleme der Gläubigersicherung
 nach § 303 AktG
 Betriebs-Berater 1981,1003
- Vischer, Frank: Internationales Vertragsrecht
 2. Nachdruck aus Schweizerisches
 Privatrecht Band I 1969/1973
- Vortisch, Friedrich: Die Vollstreckung aus zu Geld-
 zahlung verpflichtenden deutschen
 Rechtsakten in der Schweiz
 AWD 1963,75
- Wackerhagen, Hans-Ulrich: Haftung der Banken aus Kunden-
 beratung im Wertpapiergeschäft
 1974
- Wengler, Wilhelm: Internationales Privatrecht
 1. u. 2. Teil Band des BGB-RGRK
 12. Aufl. 1981, Sonderausgabe
 von Band VI
- Graf von Westphalen,
Friedrich: Rechtsprobleme der Export-
 finanzierung
 2. Aufl. 1978
- Wieczorek: Zivilprozeßordnung und Neben-
 gesetze Band II Teil 1: ZPO,
 2. Buch: Verfahren im ersten
 Rechtszug §§ 253 - 329
 1957

- Wiegand, Christian: Eingeschränkte gerichtliche
Kontrolle englischer Schieds-
sprüche nach dem Schiedsgerichts-
gesetz 1979
RIW/AWD 1980,624
- Wittenstein, M./
Böckl, R.: Ausländisches Wirtschaftsrecht
Systematischer Arbeitskatalog
für die Praxis seit 1971
- Wunderlich, Wolfgang: Zur Haftung für unrichtige oder
unvollständige Prospekte über
Vermögensanlagen
MDR 1975,102
- Wussow, Werner: Die Legalzession im inter-
nationalen Privatrecht
NJW 1964,2325
- Zaczyk, Rainer: GmbH-Novelle und Durchgriffs-
haftung
GmbH-Rundschau 1977,175
- Zahn, Johannes C.D.: Zahlung und Zahlungssicherung
im Außenhandel
5. Aufl. 1976

Die Patronatserklärung
im internationalen Wirtschaftsverkehr
(aus bankrechtlicher Sicht
im Wirtschaftsverkehr mit England,
Frankreich und der Schweiz)

Teil 1:

Einführung

In 1978/79 klagte eine auf internationale Handelsfinanzierungen spezialisierte deutsche Bank vor dem Handelsgericht in Paris gegen einen französischen Hersteller von medizinisch-technischen Geräten aus einer Patronatserklärung¹⁾. Der französische Hersteller hatte die umstrittene Patronatserklärung zur Sicherstellung eines Rupia-Bankkredits übernommen, den die Bank der indonesischen Vertriebsgesellschaft des französischen Herstellers gewährte. In der Patronatserklärung hatte sich der französische Hersteller der Bank gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen durch seine indonesische Vertriebstochter Sorge tragen zu wollen. Als die Kreditnehmerin in Zahlungsschwierigkeiten geriet, hielt die deutsche Bank die Inanspruchnahme des französischen Unternehmens für geboten. Dieses meinte zunächst, aus der Patronatserklärung nicht zu haften,

- 1) Handelsblatt vom 11. Juli 1978 und 23. April 1979; ferner wird an die Feststellungsklage eines im Vergleichsverfahren über das Vermögen der Banque de Credit International (BCI), Genf, teilweise ausgefallenen Kunden gegen die Hessische Landesbank vor dem LG Frankfurt wegen angeblich öffentlich (durch ein Verwaltungsratsmitglied) zu Gunsten der BCI abgegebener Patronatserklärungen erinnert, die vom LG abgewiesen wurde (Urteil vom 8.3.1977, AG 1977, 321). Auch die Berufung des Klägers hatte in der Sache keinen Erfolg, OLG Frankfurt vom 18.1.1979 (1 U 227/77, 2/13 07/76). Der Kläger hat Revision zum BGH eingelegt (II ZR 60/79). Die Entscheidung des BGH liegt noch nicht vor.
Vgl. auch das erste französische Urteil gegen eine französische Muttergesellschaft zu einer Patronatserklärung, die nur französische Beteiligte betraf, vom 13.10.1981 (Tribunal de Commerce, Paris) Handelsblatt vom 20.1.1982.

nahm jedoch bald wieder Kontakt zu der deutschen Bank auf und erfüllte schließlich die Verbindlichkeiten der Kreditnehmerin, ehe die vorprozessualen Fragen geklärt waren. Damit wurde dieser einzigartige Rechtsstreit außergerichtlich geregelt. Prozeßbeobachter schlossen daraus, daß die französische Seite offenbar negative Auswirkungen auf ihr kommerzielles "standing" befürchtete, falls das Verfahren zu ihren Ungunsten ausgegangen wäre¹⁾. Als Kuriosum wurde vermerkt, daß die Rupia seit Beginn des Verfahrens um etwa ein Drittel abgewertet worden war und sich somit der Aufwand des französischen Unternehmens zur Abdeckung des Kredits (ohne eigenes Zutun) ermäßigt hatte.

Der geschilderte Rechtsstreit gibt Anlaß, die mit Patronatserklärungen im internationalen Wirtschaftsverkehr verbundenen Rechtsfragen zu untersuchen, und zwar aus der Sicht einer deutschen Bank. Dabei beschränkt sich die Untersuchung auf ausgewählte, typische Patronatserklärungen im Wirtschaftsverkehr mit England, Frankreich und der Schweiz. In materiellrechtlicher Hinsicht soll nicht nur das deutsche Recht Gegenstand der folgenden Untersuchung sein, es sollen vielmehr auch einige Patronatserklärungen nach dem englischen, französischen und schweizerischen Recht geprüft werden. Im Anschluß daran sollen kollisionsrechtliche Fragen nach dem Recht der vorgenannten Staaten behandelt werden, um darzulegen, wie eine Patronatserklärung,

1) Handelsblatt vom 23.4.1979.

über die ein deutsches, schweizerisches, ein englisches oder ein französisches Gericht zu entscheiden hätte, von diesem Gericht kollisionsrechtlich angeknüpft würde. In einem gesonderten Teil sollen schließlich Fragen der gerichtlichen Geltendmachung, Anerkennung und Vollstreckung "aus" einer Patronatserklärung untersucht werden. Damit soll im Ergebnis aufgezeigt werden, welche Rechtsprobleme sich einer deutschen Bank stellen und wie sie sie für sich lösen kann.

1. Begriff/Instrument der Patronatserklärung

Unter dem Begriff der Patronatserklärung¹⁾ werden in der Bankpraxis Erklärungen unterschiedlichen Inhalts zusammengefaßt, mit denen eine häufig namhafte Muttergesellschaft eine Bank veranlassen will, an die Tochtergesellschaft (oder Beteiligungsgesellschaft) einen Kredit auszureichen, wenn die Sicherstellung durch die Tochtergesellschaft selbst nicht im vollen Umfang gewährleistet erscheint

1) "le patron" (fr.): Schutzherr, Schirmherr.

oder diese zur Sicherstellung nicht bereit ist¹⁾.

Die Erklärung soll im allgemeinen die Kreditwürdigkeit der Tochtergesellschaft stärken, ohne daß die Eigenkapitalausstattung erhöht wird, bzw. diese in die Lage versetzen, ihre Fremdfinanzierung durch die Muttergesellschaft zu ermöglichen²⁾. Die Bank erwartet nicht zuletzt mit Rücksicht auf die Patronatserklärung der Muttergesellschaft eine störungsfreie und vollständige Rückführung des gewährten Kredits³⁾.

- 1) U.a. Obermüller "Die Patronatserklärung" ZGR 1975,2; Hauptfachausschuß im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. "Der rechtliche Charakter von Patronatserklärungen" in Bank-Betrieb 1976,362 und in "Die Bankbilanz" Birck/Meyer 3. Aufl. 1979, Anlage F 19, VIII 247 ff;
Geigy-Werthemann in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973 "Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern" S. 29;
Gerth "Atypische Kreditsicherheiten unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Rechnungslegung" 1. Aufl., S. 8 ff;
sowie Gerth "Atypische Kreditsicherheiten, Liquiditätsgarantien und Patronatserklärungen deutscher und ausländischer Muttergesellschaften" 2. Aufl. 1980 S. 29;
Friedrich Graf von Westphalen "Rechtsprobleme der Exportfinanzierung" 2. Aufl. 1978 S. 198;
Altenburger "Die Patronatserklärung als - unechte - Personalsicherheiten" Schweiz, 1979 S. 15 ff.
- 2) Birck/Meyer "Die Bankbilanz" 3. Aufl. II S. 399 zur Motivation einer Bank = Muttergesellschaft;
Möser "Patronatserklärung und Kreditwürdigkeit" in "Der Betrieb" 1979,1469 (1470);
Mosch "Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihre Bedeutung für die Rechnungslegung" 1978 S. 24.
- 3) Gerth 1. Aufl. aaO. S. 13.

Typische Beispiele der Patronatserklärung sind in der Literatur vielfach erörtert worden¹⁾. Gebräuchliche Erklärungen der Muttergesellschaft sind z.B.:

- Beispiel (1) Wir haben von der Kreditaufnahme durch unsere Tochtergesellschaft Kenntnis genommen und sind mit der Kreditaufnahme durch unsere Tochtergesellschaft einverstanden.
- Beispiel (2) Die Aktien (Geschäftsanteile) der Tochtergesellschaft befinden sich zu % in unserer Hand. Wir verpflichten uns, das Gesellschaftsverhältnis mit unserer Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredits nicht zu ändern oder: nicht ohne Ihre vorherige Zustimmung zu ändern.
- Beispiel (3) Die Leitung unserer Tochtergesellschaft genießt unser volles Vertrauen.

1) U.a. Autoren S. 4 Fußnote 1) sowie
Rümker "Probleme der Patronatserklärung in der Kreditsicherungspraxis" WM 1974,990;
Bordt "Die Bedeutung von Patronatserklärungen für die Rechnungslegung" Die Wirtschaftsprüfung 1975,285;
Schraepfer "Patronatserklärung als Sicherheit" ZfdgK 1975,215;
Schaffland "Patronatserklärungen - eine Untersuchung des Sicherheitscharakters und ihre Auswirkungen auf die Rechnungslegung" Betriebs-Berater 1977,1021;
Köhler "Patronatserklärung als Kreditsicherheit: tatsächliche Verbreitung - wirtschaftliche Gründe - rechtliche Bedeutung" WM 1978,1338;
Lwowski "Kreditsicherheiten" 4. Aufl. S. 47;
für Bank = Muttergesellschaft Birck/Meyer aaO. II S. 399
Mosch aaO. untersucht 26 Möglichkeiten, die im Kern in den o.g. Beispielen enthalten sind.
Möser aaO. Der Betrieb 1979,1469;
Gerth aaO. 2. Aufl. S. 31 ff;
Stecher "Harte" Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme 1978 S. 8.

- Beispiel (4) Es ist unsere Geschäftspolitik, die Bonität unserer Tochtergesellschaft aufrechtzuerhalten.
- Beispiel (5) Wir haben Verbindlichkeiten unserer Tochtergesellschaft stets so betrachtet wie eigene Verbindlichkeiten.
- Beispiel (6) Wir verpflichten uns, dafür zu sorgen, daß unsere Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredits in der Weise geleitet und finanziell ausgestattet wird, daß sie ihren Verbindlichkeiten Ihnen gegenüber stets fristgemäß nachkommen kann¹⁾.
- Beispiel (7) Wir verpflichten uns, den mit unserer Tochtergesellschaft geschlossenen Unternehmensvertrag (z.B. Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrag bzw. Organschaftsvertrag) bis zur Rückzahlung des Kredits ohne Ihre vorherige Zustimmung nicht aufzuheben, zu ändern oder zu kündigen und im übrigen keine Tatbestände zu schaffen, welche kraft Gesetzes eine Beendigung des jeweiligen Unternehmensvertrages zur Folge haben würden²⁾.

1) U.a. (Trost) Schütz "Bankgeschäftliches Formularbuch" 18. Aufl. 1969, S. 439 M. 350.

2) Mosch aaO. Nr. 16;
Gerth aaO. 2. Aufl. S. 7 und 195, der den letzten Halbsatz empfiehlt, um etwaige Sicherheitenlücken zu schließen.

Die Banken treten jedoch nicht nur als Empfänger von Patronatserklärungen auf, sondern in Einzelfällen auch als Geber einer Patronatserklärung z.B. gegenüber ausländischen Aufsichtsbehörden, Notenbanken oder sonstigen öffentlichen Stellen¹⁾. Außerdem kommt es vor, daß eine Patronatserklärung genereller Art öffentlich bekanntgegeben wird. Z.B. befindet sich seit einer öffentlichen Verlautbarung in 1975 im Geschäftsbericht einer deutschen Großbank unter dem Bilanzstrich ein Vermerk, in dem auf die im Geschäftsbericht wiedergegebene Patronatserklärung für gewisse, der Bank nahestehende Kreditinstitute und Verwaltungsgesellschaften verwiesen wird²⁾. In dem genannten Bericht wird unter "Beteiligungen" vermerkt: "Unter dieser Position bilanzieren wir - wie bisher - Beteiligungen an uns nahestehenden Kreditinstituten mit gleichartigem oder unser Geschäft materiell ergänzendem finanziellen Leistungsangebot sowie Beteiligungen an Verwaltungsgesellschaften, die als selbständige Hilfsbetriebe die Bank von nicht banktypischen Verwaltungsaufgaben entlasten. Im Rahmen unserer Quote tragen wir in den vorgenannten Fällen dafür Sorge, daß die betreffenden Unternehmen ihre Verbindlichkeiten erfüllen können."³⁾ (Gemeint ist u.a. eine Tochtergesellschaft in Luxemburg.)

1) Birck/Meyer aaO. II S. 402.

2) Deutsche Bank AG Jahresbilanz zum 31. 12. 1980; Köhler aaO. S. 1340; Stecher aaO. S. 1.

3) Geschäftsbericht für das Jahr 1980 der Deutsche Bank AG S. 50 und S. 92.

Der Vollständigkeit halber sei auch die "Freistellungserklärung" nach § 5 Abs. 10 Satz 1 der Statuten des Einlagensicherungsfonds der privaten Banken erwähnt. Gemäß § 5 Abs. 10 Satz 1 ist eine am Einlagensicherungsfonds mitwirkende Bank verpflichtet, den Bundesverband von Verlusten freizustellen, die diesem durch eine Hilfeleistung gemäß § 2 Abs. 2 des Einlagensicherungsfonds zu Gunsten einer (Insolvenz-)Bank entstanden sind, an der die betreffende Bank mehrheitlich beteiligt ist. Statt der vorgenannten Beteiligung genügt es auch, wenn das "Mutterinstitut" unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß auf die (insolvente) "Tochterbank" ausüben kann¹⁾. Nach der erwähnten "Freistellungserklärung" kann der Bundesverband unmittelbar Leistung (den Verlustausgleich) an sich verlangen. Im übrigen knüpft die Verpflichtung einer Bank gemäß § 5 Abs. 10 Satz 1, wie bei einer Patronatserklärung üblich, an die gesellschaftsrechtliche Stellung der zur Freistellung verpflichteten Bank bzw. deren maßgeblichen Einfluß auf die "Tochterbank" an. Ferner ergibt sich eine Gemeinsamkeit mit einem Unterfall zur Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6, hinsichtlich der sogenannten Liquiditätsgarantie²⁾. Eine Liquiditätsgarantie kann fast wörtlich mit dem Beispiel Nr. 6 übereinstimmen, bezieht sich jedoch nicht auf eine bestimmte Verbindlichkeit der Tochtergesellschaft gegenüber der Bank

1) Bank-Betrieb 1976 S. 199 ff;
Statut vom Januar 1979 nebst Ergänzung vom 29.10.1980;
vgl. u.a. Geschäftsbericht der Deutschen Bank AG für
das Jahr 1980 unter "Sonstige Haftungsverhältnisse" S. 56;
Gerth aaO. 1. Aufl. S. 11, 2. Aufl. S. 248.

2) Rümker aaO. WM 1974, 990 (991);
Altenburger aaO. S. 53;
Lwowski aaO. S. 48, der die Patronatserklärung gemäß
Beispiel Nr. 6 als Liquiditätsausstattungs-garantie
bezeichnet.
Die übrigen "Grundformen" der Liquiditätsgarantie i.S.
einer Ausstattungsverpflichtung unmittelbar gegenüber
der Tochtergesellschaft oder i.S. einer Erklärung gegen-
über der Bank, die Liquiditätszusage an die Tochterge-
sellschaft während der Laufzeit des Kredits nicht auf-
heben zu wollen, sollen hier nicht behandelt werden,
vgl. dazu Gerth aaO. 2. Aufl. S. 270 ff;
zur letztgenannten Variante: Schaffland aaO. BB 1977,
1021 (1023), Bordt aaO. Die Wirtschaftsprüfung 1975, 285
(290).

aus Kreditvertrag sondern auf Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft schlechthin. Ähnlich werden in der oben genannten "Freistellungserklärung" abzudeckende Verluste nicht bestimmten Verbindlichkeiten zugeordnet. Außerdem ist für die "Freistellungserklärung" typisch, daß sie nicht gegenüber der Tochtergesellschaft selbst abgegeben wird.

Patronatserklärungen sind, wie der eingangs geschilderte Fall zeigt, auch im Ausland, insbesondere in Frankreich¹⁾ sowie in England²⁾ und der Schweiz³⁾ bekannt. Wegen der typischen Formulierungen wird auf die Abschnitte über Patronatserklärungen nach ausländischem Recht verwiesen.

2. Motive zur Wahl des Inhalts einer Patronatserklärung

Bis zur Aufhebung des § 3 des Kapitalverkehrsteuergesetzes⁴⁾ zum 1. Januar 1972 unterlagen Sicherheitsleistungen einer Muttergesellschaft für die Gewährung von kapitaleretzenden Darlehen Dritter an die als Kapitalgesellschaft geführte Tochtergesellschaft

1) U.a. Bodenstein/Eberth "Kreditsicherung im Geschäftsverkehr mit dem Ausland - Frankreich" 1977 S. 66; Jacques Terray "La Lettre de Confort" in La Banque März 1980 S. 329.

2) A.M.H. Smart "Letters of Responsibility, The position under English Law", International Bar Association, Section on Business Law, Conference Atlanta 1977, Committee E: Commercial Banking.

3) U.a. Geigy-Werthemann aaO. S. 21; Altenburger aaO. S. 14/42 ff.

Zu Fn. 1 - 3 Gerth aaO. 2. Aufl. Länderbericht S. 377, 425, 365.

4) gemäß Änderungsgesetz vom 23.12.1971.

der Gesellschaftsteuerpflicht gemäß § 3 KVStG¹⁾. Man bemühte sich daraufhin um atypische Sicherheitserklärungen, die nicht als Sicherheitsleistung im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden mussten und verfiel auf Patronatserklärungen. Diese Überlegungen sind mit der Aufhebung des § 3 des Kapitalverkehrsteuergesetzes gegenstandslos geworden²⁾.

Ferner ist auch heute noch eine Muttergesellschaft, die nach aktienrechtlichen Vorschriften bilanziert, vielfach bestrebt, eine Bilanzausweispflicht bzw. Angaben über Patronatserklärungen im Geschäftsbericht nach den §§ 151 Abs. 5 Nr. 3, 160 Abs. 3 Nr. 7 AktG und §§ 3 und 5 des Gesetzes über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen³⁾ zu vermeiden. Grundsätzlich ist die Frage der Vermerk- und Berichtspflicht in bezug auf Patronatserklärungen zwar heute geklärt. Eine Vielzahl von Patronatserklärungen wird mit Rücksicht auf ihren Inhalt als Gewährleistung aufgefaßt und unter dem Gesichtspunkt des Gewährleistungsvertrages bilanzmäßig behandelt. Je härter die Patronatserklärung

- 1) Obermüller aaO. S. 2;
Lwowski aaO. S. 47;
Brönner-Kamprad, Kommentar zum KapitalverkehrsteuerG
3. Aufl. 1979, § 3 alt S. 72; Kamprad DB 1969, 327.
- 2) Brönner-Kamprad führen zur Aufhebung aus:
"Ausschlaggebend war, daß der Verwaltungsaufwand bei der Anwendung dieser komplizierten Bestimmung auch unter Berücksichtigung der Neufassung in keinem angemessenen Verhältnis zu dem hierbei erzielten Steuereinkommen mehr stand und daß außerdem Gesellschafterdarlehen in den übrigen EG-Ländern nicht gesellschaftsteuerpflichtig sind, so daß eine Rechtsangleichung geboten erschien." aaO. S. 72 Rn. 2.
- 3) BGBI 1969 Teil I S. 1189 ff.

formuliert ist, desto eher ist eine Ausweispflicht gegeben¹⁾. Dabei wird unter einer harten Patronatserklärung eine Erklärung verstanden, die in irgendeiner Weise erkennen läßt, daß die erklärende Muttergesellschaft für einen bestimmten Erfolg oder eine Leistung oder für den Nichteintritt eines bestimmten Nachteils oder Schadens eintreten will²⁾. Dennoch gibt es Grenzfälle, die die Muttergesellschaften unterschiedlich beurteilen.

Im Internationalen Wirtschaftsverkehr wird die Patronatserklärung mit ähnlicher Motivation verwendet. Die Auslandsberührung kommt meist dadurch zustande, daß die Muttergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat. Denkbar ist auch, daß eine Muttergesellschaft mit Sitz im Inland der deutschen Bank eine Patronatserklärung überläßt im Hinblick auf einen Kredit, den diese der ausländischen Tochtergesellschaft gewährt. Ferner kann es sich um eine ausländische Muttergesellschaft und eine ausländische Tochtergesellschaft handeln, die ihren Firmensitz in demselben Ausland oder in verschiedenen ausländischen Staaten haben. Wie der in Teil 2 zu erörternden ausländischen Literatur zu entnehmen ist, will auch die ausländische Muttergesellschaft häufig den Bilanzausweis vermeiden³⁾, wenn ihr die jeweils geltende nationale

- 1) Hauptfachausschuß im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. in Birck/Meyer Anlage F 19, VIII 247 ff / Bank-Betrieb 1976,362; Obermüller aaO. S. 38 ff (41).
- 2) Stecher aaO. S. 13; Bodenstein/Eberth aaO. S. 67; Mosch aaO. S. 2.
- 3) Smart aaO. S. 1 zu England; u.a. Terray aaO. S. 329 zu Frankreich; u.a. Altenburger aaO. S. 20 zur Schweiz.

Rechtsordnung dazu Spielraum läßt, und zwar selbst bei "harten" Patronatserklärungen. In den Fällen, in denen ausländische Muttergesellschaften bei der Abgabe von Bürgschaften und Garantien an devisenrechtliche¹⁾ oder gesellschaftsrechtliche Bestimmungen gebunden sind, bedienen sich diese Gesellschaften teilweise einer Patronatserklärung, um eine devisenrechtliche Genehmigung oder einen board-Beschluß nicht einholen zu müssen²⁾.

Es soll daher zunächst untersucht werden, wie die vier Rechtsordnungen, die in dieser Arbeit behandelt werden, Patronatserklärungen materiellrechtlich würdigen und sie als Sicherheit werten. Dabei soll die Frage berücksichtigt werden, ob sich die oben aufgezeigte Motivation der beteiligten ausländischen Muttergesellschaften rechtfertigen läßt.

- 1) Mosch aaO. S. 7;
Bodenstein/Eberth aaO. zu Patronatserklärungen in Frankreich S. 69/70;
Terray aaO. S. 329 (in bezug auf Frankreich).
- 2) Mosch aaO. S. 7;
Terray aaO. S. 329 (in bezug auf Frankreich);
Ein weiterer Grund kann darin bestehen, daß bei Krediten an ausländische Tochtergesellschaften eine höhere Körperschaftsteuerbelastung, wie bei Vereinbarung einer Bürgschaft gem. § 1 AStG, vermieden werden soll, so Köhler aaO. S. 1341;
Mosch aaO. S. 6.

Teil 2: Die Patronatserklärung nach materiellem Recht

I. Die Patronatserklärung nach deutschem materiellem Recht

Dem äußeren Anschein nach stellen Patronatserklärungen im Sinne der Beispielfälle Nr. 1 - 7 jeweils einseitige Erklärungen der Muttergesellschaft dar. Die Praxis zeigt jedoch, daß eine Patronatserklärung, die von einer Muttergesellschaft vorgelegt wird, in der Regel von der Bank als Angebot aufgefaßt und von dieser ausdrücklich bestätigt wird (es sei denn, daß die Muttergesellschaft auf die Annahme verzichtet hat bzw. eine Annahme nicht erwartet, § 151 BGB). Insofern behandelt die Bank eine Patronatserklärung wie einen Sicherheitenvertrag und handhabt die Erklärung ähnlich wie eine Bürgschaft oder Garantie¹⁾. Mit Rücksicht auf das Prinzip der Vertragsfreiheit im Sinne des § 305 BGB ist die erwähnte Auffassung von der "Patronatserklärung als Vertrag" möglich²⁾. Ob sich die Muttergesellschaft allerdings rechtlich bindet, ergibt sich erst durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB³⁾. Wie sie sich bindet, macht ergänzend eine Abgrenzung zu anderen banküblichen Sicherheiten, insbesondere zu Personalsicherheiten, deutlich. Unter Auslegung der beispielhaft aufgeführten Patronatserklärungen (S. 5 und 6) soll daher im folgenden die Abgrenzung zu banküblichen (Personal-)Sicherheiten vorgenommen werden.

- 1) (Trost)Schütz "Bankgeschäftliches Formularbuch" 1969 S. 437;
Bodenstein/Eberth aaO. S. 68.
- 2) Obermüller in "Bankrecht und Bankpraxis" unveröffentlichter Teil 4 Abschnitt 2 1. Fassung S. 8;
Köhler aaO. WM 1978,1341;
Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 16.12.1974 im Rundschreiben des Bundesverbandes deutscher Banken e.V. Nr. 1 vom 9.1.1975.
- 3) Köhler aaO. WM 1978,1338 (1341);
Palandt-Heinrichs aaO. Einf. 1 a zu § 116 i.V. Überblick 1 a vor § 104;
Palandt-Heinrichs aaO. 1 c) vor § 104;
vgl. auch S. 45 Fußn. 1) und 2).

1. Abgrenzung zu anderen Sicherheiten,
insbesondere Personalsicherheiten

a) Kreditauftrag

Da in vielen Fällen die Muttergesellschaft an die Bank herantritt, um sie zur Kreditvergabe an die Tochtergesellschaft zu bewegen, liegt die Parallele zum Kreditauftrag gemäß § 778 BGB¹⁾ nahe, aus dem die Muttergesellschaft wie ein Bürge haften würde. Die Muttergesellschaft erteilt jedoch normalerweise weder außerhalb der oben auf S. 5/6 zitierten Beispielfälle noch in diesen Patronatserklärungen einen Auftrag im Sinne des § 662 BGB. Sie will lediglich die Bank zu eigenem Tun veranlassen und kleidet dies regelmäßig außerhalb der Patronatserklärung in die Form einer Bitte, aus der sich - für sich genommen - noch keine Rechtsfolgen, insbesondere Haftungsfolgen für die Muttergesellschaft ergeben²⁾.

b) Bürgschaft

Aus dem Wortlaut der oben auf S. 5/6 zitierten Beispiele 1 bis 5 und 7 ist ersichtlich, daß eine Bürgschaft nicht gewollt ist, also die Muttergesellschaft der Bank gegenüber für die Erfüllung der (fremden) Verbindlichkeit des Dritten nicht eintreten will (§ 765 BGB³⁾).

1) Palandt-Thomas aaO. § 778 Anm. 1 a).

2) Geigy-Werthemann aaO. S. 29/31;
Müllhaupt "Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung" Schweizerische Aktiengesellschaft 1978, 109 ff.

3) Palandt-Thomas aaO. Einf. 1 e) vor § 765 und zu § 767 BGB;
BGH vom 3.3.1976 Der Betrieb 1976, 766.

Zweifel können sich allenfalls bezüglich des Beispiels Nr. 6 ergeben. Speziell in der jüngeren Schweizer Literatur wird die auf S. 8 erläuterte sogenannte Liquiditätsgarantie der akzessorischen Bürgschaft zugeordnet, da die Muttergesellschaft ähnlich wie ein Bürge im wesentlichen die *Solvenz* des Kreditnehmers sicherstellen wolle. Die Muttergesellschaft soll in den Fällen der Leistungsstörung, die nicht durch Insolvenz bedingt sind¹⁾, eine Inanspruchnahme einwendungs- oder einredeweise ablehnen können. Diese Auffassung berücksichtigt jedoch nicht, daß die Muttergesellschaft auch mit einer Liquiditätsgarantie der Bank gegenüber keine Hilfsschuld im Sinne einer Bürgschaft übernehmen will²⁾. Sie will zwar die Voraussetzungen dafür schaffen, daß die Tochtergesellschaft ihren Verbindlichkeiten der Bank gegenüber nachkommen kann (ob sie sich darunter die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens oder eine Kapitalerhöhung vorstellt, ist ihr überlassen)³⁾, nicht aber bürgen. Selbst wenn in der Erklärung nach Beispiel 6 der zu gewährende Kredit genau beschrieben würde, handelte es sich nur um die Feststellung des Sachverhalts, nicht aber um ein Indiz für die Akzessorität der Patronats-erklärung⁴⁾.

- 1) Vgl. Abschnitt II S. 93; Altenburger "Die Patronatserklärungen als unechte Personalsicherheiten." 1979 S. 53 ff hier 62/65 und Länderbericht Gerth aaO. 2. Aufl. S. 433 Ziff. 9; ablehnend u.a. Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 26; Köhler aaO. WM 1978,1338 (1341); Mosch aaO. S. 131.
- 2) siehe Fußnote 1).
- 3) U.a. Gerth aaO. 2. Aufl. S. 145; Schneider aaO. S. 5; Rümker aaO. WM 1974,990 (991); Mosch aaO. S. 133.
- 4) Obermüller aaO. ZGR S. 27, der insoweit lediglich eine "gewisse Annäherung an die Bürgschaft" sieht; zur Bezugnahme als Wirksamkeitsvoraussetzung Bodenstein/Eberth aaO. S. 68 (Frankreich).

c) Schuldmitübernahme

Anhaltspunkte für eine Schuldmitübernahme im Sinne des gesamtschuldnerischen Mithaftens sind in den aufgeführten Patronatserklärungen nicht gegeben¹⁾. Es handelt sich nicht um dieselbe Schuld.

d) Garantie

aa) In den Beispielfällen Nr. 1 bis 5 und 7 erklärt die Muttergesellschaft nicht, daß sie die Bank unabhängig vom Grundgeschäft (Kredit) "schadlos" halten wolle. Die Muttergesellschaft benutzt keinen Begriff, der auf eine Garantie im Sinne des von der Rechtsprechung entwickelten selbständigen Garantieversprechens²⁾ hindeutete. Somit sind diese Erklärungen, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, keine Garantien. Auch ein etwaiges Eigeninteresse³⁾ der Muttergesellschaft an der Kreditgewährung begründet die Garantiehaftung nicht.

- 1) Palandt-Heinrichs aaO. Oberbl. vor § 414 Anm. 2 a); zur Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt BGH vom 25.9.1980 NJW 1981,47; Schaffland aaO. Betriebs-Berater 1977,1021 (1022); Mosch aaO. S. 132; Lwowski aaO. S. 47.
- 2) Palandt-Thomas aaO. Einf. vor § 765 Anm. 3 c); BGH vom 12.2.1981 Der Betrieb 1981,1187; Pleyer "Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel" Sonderbeilage der WM Nr. 2/1973 zu Teil IV Nr. 27 vom 7.7.1973 S. 7 ff; Canaris aaO. Anhang nach § 357 HGB Rn. 513 - 515; Lwowski aaO. S. 45.
- 3) Eigeninteresse wird als begriffliche Voraussetzung allgemein nicht mehr gefordert. Palandt-Thomas aaO. Einf. v. § 765 Anm. 3 c); BGH vom 5.3.1975 WM 1975,348; Fischer in BGB (RGR) Komm. 11. Aufl. 1960 II. Bd. 2 Teil §§ 705 - 853 Vor § 765 Anm. 19; Staudinger-Brändel 10./11. Aufl. 1975 Recht der Schuldverhältnisse II. Bd. 4. Teil §§ 705 - 822 Vorbem. zu § 765 Rn. 54; Eigeninteresse liegt jedoch hier z.B. darin, daß die Muttergesellschaft zunächst keine Mittel zuführen muß und sie u.U. ein gutes Geschäftsergebnis und damit die Ausschüttung einer Dividende erwartet (u.a. Mosch aaO. S. 56).

Es ist daher nachstehend zu erörtern, was die oben-
genannten Patronatserklärungen stattdessen rechtlich
darstellen:

Im Beispiel Nr. 1 nimmt die Muttergesellschaft von
der Kreditaufnahme "Kenntnis" und erklärt ihr
"Einverständnis". Nach ihrem erklärten Willen (§ 133,
§ 157 BGB) teilt sie der Bank damit nur ihr "Wissen"¹⁾
und ihre "Zustimmung" mit. Letztere ist gesellschafts-
rechtlich - jedenfalls im Außenverhältnis - grund-
sätzlich nicht erforderlich; an beide Erklärungen
knüpfen sich keine bestimmten Verpflichtungen²⁾.

Im Beispiel Nr. 2 legt die Muttergesellschaft ihre
Beteiligung an der Tochtergesellschaft offen und
verspricht die Beibehaltung ihrer Beteiligung. Sie
gibt also eine Auskunft³⁾ und bindet sich hinsicht-
lich ihrer Beteiligung. Eine bloße gesellschafts-
rechtliche Beteiligung führt jedoch im Normalfall
nicht zur Mithaftung des sich beteiligenden Gesell-
schafters (Muttergesellschaft)⁴⁾.

Auch im Beispiel Nr. 3 kommt eine Mithaftung nicht
zum Ausdruck. Die Muttergesellschaft bezieht sich

- 1) Obermüller aaO. unveröffentlichter Teil 4 Abschnitt 2
S. 4 (1. Fassung und letzte Fassung vom 20.9.1978).
- 2) Obermüller wie vor;
Gerth aaO. 2. Aufl. S. 50;
a.A. Geigy-Werthemann aaO. S. 37.
- 3) Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 6;
Mosch aaO. S. 53;
Obermüller aaO. unveröffentlichter Teil 4 Abschnitt 2
letzte Fassung vom 20.9.1978 S. 6;
Canaris aaO. Anhang nach § 357 Anm. 9 u. 44 ff
und Seite 63.
- 4) U.a. Mosch aaO. S. 55;
Peltzer "Die Haftung der Konzernmutter für die Schulden
ihrer Tochter, mit der sie durch Ergebnisabführungs-
und/oder Beherrschungsvertrag verbunden ist, insbe-
sondere im Falle der Insolvenz der Tochter" AG 1975, 309
(313);
Scholz-Emmerich GmbH 6. Aufl. 1978 Anhang II (Konzern-
recht) Anm. 152.

nicht einmal auf die Bonität oder Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft. Sie versichert lediglich, daß die Leitung der Tochtergesellschaft ihr Vertrauen genieße. Mithin gibt sie nur hinsichtlich der Leitung der Tochtergesellschaft eine Auskunft¹⁾.

Im Beispiel Nr. 4 erklärt sich die Muttergesellschaft zu ihrer Geschäftspolitik, deren Ziel es ist, die Bonität der Tochtergesellschaft aufrechtzuerhalten. Auch diese Erklärung ist im wesentlichen eine Auskunft (über die Geschäftspolitik)²⁾. Die Erklärung kann im Einzelfall zugleich mit einem "Garantievertrag verwandt" sein³⁾, wenn die Muttergesellschaft der Bank außerhalb der Patronatserklärung zu verstehen gegeben hat, daß sie ihre geschäftspolitische Planung in Zukunft so einrichten werde, daß die Bank bei Fälligkeit des Kredits keinen Schaden haben werde. Ob die Muttergesellschaft indessen im vorgenannten Sinne eine "Garantie" leisten will, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Jedenfalls ist die Grenze zwischen einer garantieverähnlichen Haftung und einer nur moralischen Bindung bei dieser Fallsgestaltung fließend⁴⁾.

1) Vgl. S. 54.

2) Vgl. S. 54.

3) Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 22.

4) Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 20 ff.

Beispiel 5 gibt lediglich das Verhalten der Muttergesellschaft in der Vergangenheit wieder und läßt keinen Bindungswillen zu einem rechtsgeschäftlichen Entstehen erkennen¹⁾.

Im Beispiel Nr. 7 erklärt die Muttergesellschaft, daß sie den Unternehmensvertrag nicht ändern, aufheben, kündigen oder beenden wolle. Statt Schadensstellung verspricht sie ein Unterlassen, um die mit einem solchen Unternehmensvertrag verbundenen Rechtsfolgen aufrechtzuerhalten²⁾.

- bb) Beispiel Nr. 6 könnte dagegen eine Garantie sein. Die Muttergesellschaft sagt in dieser Erklärung ein bestimmtes Tun zu (sie will "Sorge tragen"), um die künftige, finanzielle Leistungsfähigkeit der Tochtergesellschaft zu gewährleisten³⁾. Sie will damit zwar nicht das Risiko der Bank aus dem Kreditvertrag mit der Tochtergesellschaft unmittelbar tragen. Sie sagt auch nichts darüber, ob sie für das Weiterleistungsrisiko durch die Tochtergesellschaft an die Bank eintreten will, sie garantiert also

- 1) U.a. Mosch aaO. S. 43/44;
Obermüller wertet diese Erklärung als "gentlemen's agreement" i.S. einer "allein auf den guten Willen und die kaufmännische Anständigkeit abgestellte Zusage, die nach dem Willen beider Parteien keinen klagbaren Anspruch begründet und bei der vom Schuldner als anständigem Kaufmann erwartet wird, daß er schon aus moralischen Gründen das gewünschte Verhalten übt, soweit er dazu in der Lage ist", aaO. ZGR 1975 S. 15; dazu auch HansOLG vom 17.3.1953 MDR 1953,482; BGH vom 22.1.1964 Betriebs-Berater 1964,410.
- 2) vgl. S. 70.
- 3) U.a. Lwowski aaO. S. 48;
Rümker aaO. WM 1974,990 (991);
Stellungnahme 2/1976 des HFA in Anlage F 19 (VIII 250) - Birck/Meyer aaO.
Ergänzend wird auf die vom OLG Celle (vom 31.1.1967 NJW 1967,1425) aufgeworfenen Zweifel an der gebräuchlichen Formulierung "dafür Sorge tragen zu wollen" verwiesen, worin lediglich eine Bemühungspflicht, nicht aber eine garantieähnliche Verpflichtung liegen soll. Die übrige Literatur (vgl. S. 21 Fußn. 4) teilt diese Meinung nicht.

nicht ein bestimmtes Verhalten der Tochtergesellschaft. Sie will jedoch einen bestimmten Erfolg, nämlich die Leistungsfähigkeit der Tochtergesellschaft wahren¹⁾. Sie geht weder auf das Kreditgeschäft als Grundgeschäft ein, noch knüpft sie ihre Patronatserklärung an den Bestand des Kreditvertrages. Sie will vielmehr unabhängig hiervon für den vorgenannten "Erfolg" Gewähr leisten. Ihre Gewährleistung ist eine garantieähnliche Erklärung. Für die Zuordnung zur Garantie spielt es keine Rolle, daß die Muttergesellschaft nicht Zahlung an die Bank verspricht, sondern allenfalls Zahlung an die Tochtergesellschaft²⁾ (Ausstattung mit Mitteln nach Wahl der Muttergesellschaft³⁾). In der Praxis kann sich die Muttergesellschaft dann vor dem Problem sehen, daß die Geldmittel, die sie der Tochtergesellschaft zur Verfügung gestellt hat, von dieser nicht zur Rückführung des Kredits verwendet werden oder von anderen Gläubigern beispielsweise gepfändet werden. Die Muttergesellschaft müßte dann solange leisten, bis sich ihre Leistung bei der Bank auswirkte⁴⁾,

- 1) Lwowski aaO. S. 45 zur Garantie.
- 2) Obermüller aaO. unveröffentlichter Teil 4 Abschnitt 2 letzte Fassung vom 20.9.1978 S. 10;
Rümker aaO. WM 1974, 990 (991);
Gerth aaO. 2. Aufl. S. 141;
Stellungnahme 2/1976 des HFA in Anlage F 19 (VIII 250) Birck/Meyer.
- 3) ggfs. auch aus fremden Mitteln, Stellungnahme 2/1976 HFA in Anlage F 19 (VIII 250) in Birck/Meyer;
Köhler aaO. WM 1978, 1338 (1344);
Schneider aaO. S. 5.
- 4) U.a. Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 27;
Rümker aaO. WM 1974, 990 (991);
Köhler aaO. WM 1978, 1338 (1344);
Schaffland aaO. BB 1977, 1021 (1022);
Obermüller aaO. unveröffentlichter Teil 4 Abschnitt 2 letzte Fassung vom 20.9.1978 S. 11;
Mosch aaO. S. 134/135.

ein Risiko, das sie u.U. zunächst nicht gesehen hat¹⁾. Diese Besonderheit wird auch in der Literatur als überraschendes Ergebnis hervorgehoben, zumal eine Zahlungsgarantie normalerweise nicht so weit reicht und eine Patronatserklärung schlechthin rechtlich als ein "Minus" im Vergleich zu der klassischen Garantie gilt²⁾.

Die Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 ist also insgesamt so atypisch³⁾, daß sie als Garantie eigener Art bzw. Vertrag eigener Art behandelt werden muß⁴⁾.

1) Schlußbemerkung in Anlage F 19 Stellungnahme 2/1976 des HFA in Birck/Meyer Die Bankbilanz 3. Aufl. 1979 VIII 247/260.

2) Rümker aaO. WM 1974,990 (991 r.Sp.).

3) Gerth aaO. 1. Aufl. S. 2, 2. Aufl. S. 19: "atypische Kreditsicherheiten, die erst die (neuere) Praxis des Kreditgeschäfts herausgebildet hat."

Altenburger aaO. S. 19: "im Gegensatz zu den traditionellen Personalsicherheiten i.S. echter Sicherungsgeschäfte drängt sich bei den Patronatserklärungen das Attribut "unecht" auf. Die Differenzierung zwischen "echt" und "unecht" erscheint namentlich mit Bezug auf den angesprochenen Grenzbereich (zwischen eigentlicher Legalität und bloßer Faktizität) angebracht und ist der Bezeichnung "atypisch" vorzuziehen."

4) Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 26;

Gerth aaO. 2. Aufl. S. 143;

Mosch aaO. S. 132, der allerdings die Abhängigkeit von der Hauptforderung betont und der Muttergesellschaft ein Einwendungsrecht zubilligt;

Möser aaO. DB 1979,1469 (1471);

Schaffland aaO. BB 1977,1021 (1023);

Bordt aaO. Die Wirtschaftsprüfung 1975,285 (289);

Rümker aaO. WM 1974,990 (991).

Für den Praktiker wird damit deutlich, daß eine Patronatserklärung, soweit sie überhaupt verbindlich ist und mehr als einen Auskunftsvertrag darstellt, allenfalls mit dem Inhalt des Beispiels Nr. 6 Deckung des Kreditrisikos¹⁾ der Bank verspricht. Nachstehend sollen daher der Sicherheitenwert der Patronatserklärungen (S. 5 und 6) bzw. Möglichkeiten ihrer Verwertung unter schwerpunktmäßiger Berücksichtigung einer Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 behandelt werden.

- 1) Das Kreditrisiko wird hier vor allem als Bonitäts-, Insolvenz-, Prozeß- und Verlustrisiko verstanden.

Marschall v. Bieberstein "Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr" in "Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr" 1977: zum Vergleich einer Garantie mit der Sachversicherung S. 33.

2. Sicherheitenwert

Der Wert einer Patronatserklärung ergibt sich aus den damit verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen. Ferner drückt sich der Sicherheitenwert darin aus, wie l e i c h t und s c h n e l l eine Sicherheit verwertbar ist, auf welche Weise also die Bank Deckung erhält¹⁾ (durch Erfüllung, Schadensersatz oder weitere Sicherheitsleistung und anschliessende Verwertung).

a) Erfüllung

Über die grundsätzlichen Möglichkeiten, die Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 zu erfüllen, besteht überwiegend Einigkeit. Es wird insbesondere für zulässig gehalten, daß die Muttergesellschaft ihrer Verpflichtung zur Ausstattung ihrer Tochtergesellschaft mit finanziellen Mitteln dadurch nachkommt, daß sie diese der Bank direkt zur Verfügung stellt und damit die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft aus dem Kredit erfüllt (§ 267 BGB)²⁾. Nach der Erklärung ist die Muttergesellschaft aber zunächst nur verpflichtet, die T o c h t e r g e s e l l - s c h a f t auszustatten, damit diese in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten gegenüber der Bank nachzukommen³⁾.

- 1) Gerth aaO. 2. Aufl. S. 190 i.V. S. 21 Fußnote 1); Canaris aaO. Anhang aaO. § 357 HGB Rn. 1304; Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 7, 11, 14, 20, 25, 29.
- 2) U.a. Gerth aaO. 2. Aufl. S. 150; Mosch aaO. S. 135 ff; Köhler aaO. S. 1344; Obermüller aaO. unveröffentlichter Teil 4 Abschnitt 2 letzte Fassung vom 20.9.1978 S. 11.
- 3) vgl. S. 25. Die Tochtergesellschaft hat jedoch keinen Anspruch etwa im Sinne eines Vertrages zu Gunsten Dritter auf Leistung an sich oder die Bank, so u.a. Obermüller wie vor; Lwowski S. 48 (4. Aufl.); Hannes Schneider "Letters of Responsibility" International Bar Association 1977 Conference Atlanta S. 6; Gerth aaO. 2. Aufl. S. 153; Mosch aaO. S. 133.

Es fragt sich daher, wie die Bank bei Fälligkeit des Kredits gegen die Muttergesellschaft aus einer solchen Patronatserklärung vorgehen kann, und zwar welche Klage sie erheben¹⁾ und welchen konkreten Klageantrag sie stellen sollte²⁾.

Eine Inanspruchnahme auf Zahlung an die Bank und entsprechende Leistungsklage (§ 253 Abs. 2 ZPO) kommt nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Patronatserklärung nicht in Betracht³⁾.

Mit Rücksicht auf die der Muttergesellschaft offengelassenen Möglichkeiten zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der Patronatserklärung wird in der Literatur die Ansicht vertreten, daß es sich hierbei um ein Wahl-schuldverhältnis im Sinne des § 262 BGB⁴⁾ - zumindest eigener Art -⁵⁾ handele. Daraus folge, daß auf die wahlweise Verurteilung nach Wahl des Schuldners geklagt werden könne und die Bank unter den Voraussetzungen der §§ 262, 264 Abs. 1 BGB die Zwangsvollstreckung nach ihrer Wahl auf die eine oder andere Leistung richten dürfe⁶⁾.

- 1) Leistungsklage oder, was zulässig sein kann, Feststellungsklage gem. § 256 ZPO, vgl. LG Frankfurt vom 8.3.1977 AG 1977, 321 und OLG Frankfurt vom 18.1.1979 1 U 227/77 - 2/13 O 7/76 - S. 1 Fußnote 1).
- 2) Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung 18. Aufl. 1953 § 253 Anm. III 2 a) und § 256 IV 2 b); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann Zivilprozeßordnung 36. Aufl. 1978 § 253 Anm. 5 B und § 256 Anm. 4 B.
- 3) U.a. Rümker aaO. WM 1974, 990 (991), im übrigen einhellige Meinung.
- 4) Schaffland aaO. BB 1977, 1021 (1023); zur Wahlschuld: Palandt-Heinrichs aaO. § 262 BGB Staudinger-Werner Vorbem. zu § 262 ff Anm. 2 und 4 BGB-RGRK 11. Aufl. 1960 I. Bd. 2. Teil Nastelski § 262 Anm. 1.
- 5) Stecher aaO. S. 93/98.
- 6) Vgl. Fußnote 4) und von Westphalen aaO. S. 205; Wieczorek Rd. II Teil 1, 1957 § 253 ZPO G III a 4.

Folgt man diesem Gedanken, so müßte der Klageantrag im Prozeß die mehreren Leistungen im Sinne des § 262 BGB konkret und vorbehaltlich der Wahl des Schuldners (hier der Muttergesellschaft) enthalten¹⁾. Die Leistungen könnten sich beispielsweise beziehen auf:

den Abschluß eines Darlehensvertrages mit der Tochtergesellschaft (Abgabe eines Angebots),

eine Kapitalerhöhung bei der Tochtergesellschaft (wenn diese Kapitalgesellschaft ist),

die Erhöhung einer Gesellschaftereinlage (wenn diese Personalgesellschaft ist),

die Beschaffung eines Darlehens bei Dritten

oder einen Nachschuß im Sinne des § 26 GmbH-Gesetz, sofern der Gesellschaftsvertrag der Tochtergesellschaft in der Rechtsform einer GmbH bereits einen Nachschuß vorsieht, oder die schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung eines "Nachschusses"²⁾.

Im Einzelfall käme es also auch noch darauf an, welche Rechtsform die Tochtergesellschaft hat und wie ein G e s e l l s c h a f t e r ihr liquide Mittel zuführen kann. Außerdem ist denkbar, daß die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft Mittel in Form von Sachmitteln zur Verfügung stellen wollte, wie Produktionsanlagen oder Lizenzen, die geeignet sind, die Ertragslage der Tochtergesellschaft zu verbessern. Letzteres genügt nur dann nicht, wenn sich ein Liquiditätsengpaß bereits bei der Tochtergesellschaft abzeichnet³⁾. Bei der Formulierung eines Klageantrags soll hier die Zuführung derartiger Mittel außer Acht bleiben.

1) sofern § 262 BGB überhaupt die Wahl zwischen mehr als zwei Möglichkeiten zuläßt, vgl. den gesetzlichen Fall der Wahlschuld § 179 BGB und die Kommentierung zu Heinrichs § 262 BGB i.S. einer "Alternativobligation": Palandt aaO. § 262 BGB Anm. 1, Staudinger-Werner aaO. Vorbem. zu §§ 262 ff Rn. 8.

2) Dieser "Nachschuß" fällt nicht unter § 26 GmbH-Gesetz Scholz-Winter aaO. § 26 GmbH-Gesetz Rn. 2.

3) Mosch aaO. S. 133.

Ein Klageantrag könnte demnach lauten:

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte (Muttergesellschaft) zur Abgabe von Willenserklärungen - nach Wahl der Beklagten - mit folgendem Wortlaut zu verurteilen:

Wir bieten unserer Tochtergesellschaft den Abschluß eines Darlehensvertrages¹⁾ über ein Darlehen in Höhe von DM an¹⁾.

oder

In unserer Eigenschaft als alleinige Gesellschafterin unserer Tochtergesellschaft (GmbH) erhöhen wir unter entsprechender Satzungsänderung das Stammkapital um DM und übernehmen die auf das erhöhte Kapital zu leistende Stammeinlage²⁾.

oder

in unserer Eigenschaft als Gesellschafterin unserer Tochtergesellschaft (OHG oder KG) bieten wir unseren Mitgesellschaftern an, unsere Gesellschaftereinlage (Kommanditeinlage) um DM zu erhöhen³⁾.

oder

in unserer Eigenschaft als alleinige Gesellschafterin unserer Tochtergesellschaft (GmbH) beschliessen wir die Einforderung eines Nachschusses in Höhe von DM gemäß § des Gesellschaftsvertrages⁴⁾

oder

verpflichten wir uns zur Leistung eines "Nachschusses" in Höhe von DM an unsere Tochtergesellschaft

oder

die Beklagte zu verurteilen, nach Wahl der Beklagten einen von der Beklagten zu benennenden Dritten zu beauftragen, der Tochtergesellschaft der Beklagten⁵⁾ ein Darlehen in Höhe von DM zu gewähren⁵⁾.

- 1) Über die Zinsen müßte eine gesonderte Vereinbarung getroffen werden, sofern wegen der §§ 353, 354 Abs. 2 HGB von einer besonderen Zinsregelung nicht abgesehen werden kann.
- 2) Die Kapitalerhöhung nach dem Aktiengesetz soll bei dieser beispielhaften Aufzählung ausgeklammert werden. Im übrigen ersetzt das Urteil die notarielle Form gem. § 55 GmbHG - Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann aaO. § 894 ZPO Anm. 3.
- 3) Ein entsprechender Gesellschafterbeschluß müßte unter Mitwirkung des/der übrigen Gesellschafter sodann gefaßt werden.
- 4) Die Einziehung des Nachschusses liegt sodann bei der Geschäftsführung. Der Anspruch ist jedoch mit Einforderungsbeschluß pfändbar - Scholz-Winter aaO. § 26 GmbHG Rn. 4.
- 5) Wenn dieser Klageantrag nicht wegen seiner Unbestimmtheit besser einer Feststellungsklage vorbehalten bleiben muß.

oder

.....

Würde einer solchen Klage überhaupt stattgegeben werden können, hinge die Art und Weise der Vollstreckung davon ab, welche Leistung gewählt würde und zu erbringen wäre. Sollen Willenserklärungen abgegeben werden, wie z.B. ein Angebot zum Abschluß eines Darlehensvertrages, eine Erklärung zur Erhöhung des Stammkapitals durch Gesellschafterbeschuß der Muttergesellschaft als alleinige Gesellschafterin oder Leistung eines "Nachschusses" (außerhalb § 26 GmbHG), so müßte die Erklärung nach § 894 ZPO (Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung)¹⁾ mit Rechtskraft des Urteils als - nach Wahl²⁾ - abgegeben gelten. Lautet das Urteil wahlweise auf die Vergabe eines Auftrags zur Kreditgewährung durch den von der Muttergesellschaft zu benennenden Dritten oder müssen in bezug auf die Einlagenerhöhung noch andere Gesellschafter an dem nachfolgenden Gesellschafterbeschuß mitwirken, so kann § 894 ZPO nicht eingreifen. In dem Fall der Auftragserteilung ist die Willenserklärung kein bloßes Angebot und, wie sogleich noch aufzuzeigen ist, nicht bestimmt genug.

- 1) Obermüller aaO. ZGR 1975,44 und Kelz aaO. Bank-Betrieb 1972,488 (489) zur Übernahme einer Bürgschaft oder Garantie.
- 2) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann aaO. § 894 ZPO Anm. 2 C;
Stein-Jonas aaO. § 894 ZPO Anm. V 1:
a.A. Erman-Sirp aaO. § 264 Anm. 2: Statt § 894 ZPO Vollstreckung nach § 887 ZPO, so auch RG vom 4.2.1891 RGZ 27,382 (384);
RG vom 26.11.1902 RGZ 53,80 (82).
Nimmt der Schuldner die Wahl trotz Verurteilung nicht vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung vor, kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder andere Leistung richten, § 264 Abs. 1 BGB.
Das eigentliche Wahlrecht geht damit zwar nicht auf den Gläubiger über, es ändert sich jedoch beim Schuldner dahin, daß er sein Wahlrecht nicht mehr durch Erklärung sondern nur noch durch wirkliche Leistung ausüben kann, so Stein-Jonas aaO. vor § 803 ZPO Anm. III.

Die Muttergesellschaft würde dadurch auch nicht zu einer vertretbaren Handlung verpflichtet, die ein Dritter über § 887 ZPO (Zwangsvollstreckung zur Erwirkung vertretbarer Handlungen) ersatzweise vornehmen könnte. Einem Dritten würde nämlich die Vollmacht der Muttergesellschaft zum Abschluß des vorgesehenen (Auftrags-)Vertrages fehlen¹⁾. Die Auftragserteilung an einen Dritten ist eher unvertretbar im Sinne des § 888 ZPO (Zwangsvollstreckung zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen). Gleichwohl dürfte eine Vollstreckung daraus nicht möglich sein. § 888 ZPO setzt voraus, daß die Vornahme einer Handlung **a u s s c h l i e ß l i c h** vom Willen des Schuldners abhängig ist²⁾. Das ist hier nicht der Fall. Die Muttergesellschaft soll nicht nur ein Angebot zur Auftragserteilung an einen Dritten abgeben, sondern dieser Dritte soll den Auftrag auch ausführen und der Tochtergesellschaft Kredit gewähren. Die Muttergesellschaft müßte den vorgenannten Dritten erst einmal benennen, der Dritte müßte zur Übernahme des entsprechenden Auftrags bereit sein, und der Kreditvertrag wäre auch im Einvernehmen mit der Tochtergesellschaft als Kreditnehmer noch näher auszugestalten³⁾. Der Bank würde daher nur die sogenannte Interessenklage nach § 893 ZPO verbleiben.

Entsprechendes dürfte für die Einlagenerhöhung gelten, die noch durch die Gesellschafter zu beschließen wäre⁴⁾.

1) OLG Hamm vom 28.1.1966 OLGZ 1966 S. 443 (445) zur Verpflichtung eines Schuldners aus einem gerichtlichen Vergleich zur Vergabe eines Auftrags an einen Architekten zum Garagenbau.
OLG Hamm vom 22.1.1965 Justizministerialblatt für das Land NRW 1965,92 zur Verpflichtung eines Schuldners aus einem gerichtlichen Vergleich zur Veräußerung eines Grundstücks.

2) wie vor.

3) wie vor.

4) Stein-Jonas aaO. § 894 ZPO Anm. I.

Bei der Formulierung eines konkreten Klageantrages zeigen sich bereits die Schwierigkeiten, die nach der besonderen Fallgestaltung bei einer Patronats-erklärung mit Ausstattungsverpflichtung gegeben sind. Der Antrag muß naturgemäß unvollständig bleiben, da nicht ausgeschlossen ist, daß die Muttergesellschaft noch weitere Ausstattungsleistungen erbringen will oder sich die Verbindung verschiedener Ausstattungsmöglichkeiten vorstellt. Es ist somit gar kein ausreichend bestimmter Klageantrag i.S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO i.V. mit § 262 BGB möglich.

Es erscheint auch nicht überzeugend, ein etwaiges "Wahlrecht" der Muttergesellschaft zwischen mehreren Ausstattungsleistungen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf **B a r l e i s t u n g** an die Tochtergesellschaft "zu reduzieren". Diese Lösungsmöglichkeit wird in der jüngeren Literatur¹⁾ in dem Fall vertreten, daß die Muttergesellschaft der ihr quasi als Vergünstigung eingeräumten Wahlbefugnis bei Ausstattung nicht rechtzeitig nachkommt. Die Bank soll die Muttergesellschaft demgemäß auf Barleistung an die Tochtergesellschaft verklagen können.

Unter Berücksichtigung der Vertragsabsprache ist es jedoch wahrscheinlicher, daß **der** Muttergesellschaft ein Bestimmungsrecht (im Sinne des § 315 BGB) hinsichtlich der Ausstattung der Tochtergesellschaft zusteht

1) Stecher aaO. S. 93, 98, 100, 101.

und die Bank die Bestimmung verlangen kann, wenn die Muttergesellschaft diese nicht rechtzeitig vornimmt. Beispielsweise hat das Reichsgericht in einem von ihm zu entscheidenden Fall verschiedene zur Wahl stehende Auseinandersetzungsmöglichkeiten zwischen Gesellschaftern bei Ausscheiden nicht nach § 262 BGB, sondern nach § 315 BGB beurteilt. Es hat die Auseinandersetzungsmöglichkeiten nicht als zur "Wahl" stehende mehrere Leistungen, sondern als Möglichkeiten gewertet, die von einem Beteiligten zu bestimmen waren¹⁾.

Ein Bestimmungsrecht muß vertraglich vereinbart sein. So ist es hier, die Patronatserklärung Nr. 6 gibt dafür genügend Anhaltspunkte. Allein die Muttergesellschaft entscheidet über die Ausstattung. Erfahrungsgemäß gehen beide Parteien davon aus, daß ihr dieses Entscheidungsrecht allein zusteht. Anderenfalls hätte die Bank bestimmte Ausstattungsleistungen festlegen oder die Bestimmung etwa an ihre Zustimmung binden müssen.

Bei Annahme eines Bestimmungsrechts kann die Muttergesellschaft die Ausstattung auch in Teilen unterschiedlich bestimmen²⁾. Die Muttergesellschaft könnte der Tochtergesellschaft also beispielsweise

- 1) RG vom 15.10.1926 RGZ 114,393 (396); daß die zur Bestimmung stehenden Möglichkeiten grundsätzlich abschließend festgelegt sein müssen, sagt das RG nicht. Dies wäre letztlich auch nicht mit dem Wesen des § 315 BGB vereinbar. Zum Bestimmungsrecht nach § 315 BGB: u.a. Palandt aaO. § 315 Anm. 3 b; Staudinger-Kaduk 10./11. Aufl. 1967 § 315 Rn. 18; RG vom 22.9.1906 RGZ 64,114 (116).
- 2) Gerth aaO. 2. Aufl. S. 146, der auf die unterschiedliche Teilerfüllung verweist und dies für unvereinbar mit der Wahlschuld hält.

ein Darlehen und Eigenkapitalmittel zur Verfügung stellen, deren Gesamtsumme den Betrag ausmachen, den die Tochtergesellschaft zur Rückführung des Kredits benötigen würde.

Im Ergebnis stellt sich die Schuld der Muttergesellschaft aus einer Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 daher nicht als Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB, sondern als Pflicht zur Bestimmung einer Leistung (§ 315 BGB) dar.

Für den Fall, daß die Beteiligten nichts anderes vereinbaren, ist die Bestimmung gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen auszuüben. § 315 BGB ist jedoch nicht zwingend. Die Vorschrift enthält lediglich eine Auslegungsregel. Vertragsparteien können die Bestimmung der Leistung auch in das freie Ermessen oder das Belieben einer Partei (hier der Muttergesellschaft) stellen. Die Bestimmung nach billigem Ermessen entspricht der sogenannten objektiven Billigkeit und erfolgt unter Abwägung der Interessenlage der Vertragspartner¹⁾. Bei einer Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 will die Muttergesellschaft gewöhnlich ihre Leistung nicht nach einem objektiven Maßstab sondern subjektiv nach den ihr genehmen Möglichkeiten bestimmen. Die Annahme freien Ermessens dürfte daher dem Willen der Beteiligten am nächsten

1) Palandt-Heinrichs § 315 BGB Anm. 4 b);
BGH vom 6.7.1955 BGHZ 18,149 (152);
RG vom 12.5.1920 RGZ 99,105;
RGR-BGB Wilde § 315 Anm. 4.

kommen. Bei dem Bestimmungsrecht handelt es sich um ein Gestaltungsgeschäft¹⁾. Demgemäß könnte die Bank die Muttergesellschaft auf Bestimmung der Leistung und anschließend auf Erfüllung dieser Leistung verklagen²⁾.

Dies kann bedeuten, daß zwei Prozesse geführt werden müssen, daß man also erst auf die Erfüllung der Leistung klagen kann, wenn ein rechtskräftiges Urteil über die Bestimmung der Leistung vorliegt.

Hat nämlich die Muttergesellschaft die Leistung nach freiem Ermessen zu bestimmen und verzögert sie die Bestimmung, so kann die Bank die Bestimmung nicht nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch Urteil ersetzen lassen. Sie kann auch nicht von der "verkürzten" Klagemöglichkeit des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB Gebrauch machen und sogleich auf Leistung klagen³⁾.

§ 315 Abs. 3 BGB sieht diese Klagemöglichkeit ausdrücklich nur für den Fall einer Bestimmung nach billigem Ermessen vor. Die Ausübung freien Ermessens ist dagegen nicht entsprechend nachprüfbar und ersetzbar; eine solche Bestimmung wäre allerdings unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig wäre⁴⁾.

1) Staudinger-Kaduk aaO. § 315 Rn. 8.

2) U.a. Palandt-Heinrichs aaO. § 315 Anm. 3 b).

3) U.a. Palandt-Heinrichs § 315 BGB Anm. 4 a). Erman aaO. § 315 Anm. 3 b). BGH v. 2.4.1964, ZMR 1, 272 (280).

4) U.a. Palandt-Heinrichs § 315 BGB Anm. 2 a);
RG vom 12.5.1920 RGZ 99,105.

Auch für eine "Stufenklage" gemäß § 254 ZPO ist kein Raum. Die Stufenklage bezieht sich insbesondere auf die Klage auf Rechnungslegung, Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder auf die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, die mit einer Klage auf Herausgabe desjenigen, was der Beklagte aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis schuldet, in e i n e m Verfahren verbunden werden darf. Die Klage auf Rechnungslegung usw. ist praktisch Hilfsklage, während die sich daraus ergebende (noch unbestimmte) Klage auf Leistung Hauptklage ist¹⁾. Die Hilfsklage stellt eine besondere Prozeßvoraussetzung (Prozeßbedingung) der Stufenklage dar²⁾. Die Besonderheit liegt darin, daß die Hauptklage zugelassen wird, obwohl der G e g e n s t a n d des Hauptanspruchs nicht bestimmt angegeben werden kann und somit der A n t r a g noch nicht bestimmt ist.

Analog wird § 254 ZPO nur in ähnlich gelagerten Fällen angewendet, wie bei der Büchereinsicht des Gesellschafters einer OHG (§ 118 HGB) oder der Bilanzprüfung durch den Kommanditisten (§ 166 HGB) und sonstigen Auskunft- und Rechnungslegungsansprüchen auch vertraglicher Art³⁾. Die Klage auf Bestimmung einer Leistung ist keine Hilfsklage in dem vorgenannten Sinne. Es fehlt daher an der besonderen Prozeßbedingung der Stufenklage⁴⁾. Diese Klage muß als gewöhnliche Klage behandelt werden.

1) Stein-Jonas aaO. § 254 ZPO Anm. I 1.

2) Wieczorek aaO. § 254 ZPO Rn. B.

3) Stein-Jonas § 254 ZPO Anm. II;
Wieczorek aaO. § 254 ZPO Anm. C II.

4) Wieczorek aaO. § 254 Anm. C II.

Ob beide Ansprüche - auf Bestimmung und Leistung - in einem Verfahren unter sogenannter "unechter Eventualklagehäufung" gemäß § 260 ZPO verbunden geltend gemacht werden können, ist fraglich. Bei der "unechten Eventualklagehäufung" werden zwei an sich selbständige Klageanträge gestellt, wobei der zweite Antrag nur Erfolg hat, wenn der erste durchdringt¹⁾. Demgemäß müßte der Antrag auf Bestimmung der Leistung zugleich neben dem Antrag auf Erfüllung der zu bestimmenden Leistung gestellt werden. In der Literatur wird diese Möglichkeit für den Fall bejaht, daß ein Gläubiger seinen Anspruch auf Bestellung einer hinreichend bestimmten Sicherheit, wie die Übernahme einer Bürgschaft, mit dem Anspruch auf ihre Verwertung im Klagewege geltend macht. Dieser Fall weicht jedoch insofern ab, als beide Anträge dem Gegenstand nach bestimmt sind. Hingegen läßt sich im hier behandelten Fall die noch zu bestimmende Leistung nicht abschließend in einen Klageantrag fassen. Auch eine "unechte Eventualklagehäufung" ist daher im vorliegenden Fall nicht zulässig.

Im Ergebnis müssen zwei Prozesse geführt werden, wenn aus einer Patronatserklärung von der Art des Beispiels Nr. 6 geklagt werden soll: Die eine Klage müßte auf die Ausübung des freien Ermessens der beklagten Muttergesellschaft gerichtet sein, die zweite - im Anschluß hieran zu erhebende - Klage auf die Erfüllung der Leistung, welche die beklagte Muttergesellschaft alsdann an ihre Tochtergesellschaft zu erbringen hat.

1) Stein-Jonas aaO. § 260 II B 3.

b) Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Wenn die Fälligkeit des Kredits, die beabsichtigte Inanspruchnahme der Muttergesellschaft und die Eröffnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen der Tochtergesellschaft zeitlich zusammenfallen, führen die erörterten Klagen auf Bestimmung und Leistung (a) nicht mehr zu dem gewünschten Erfolg. Die Muttergesellschaft könnte der Tochtergesellschaft zwar weiterhin Geldmittel zur Verfügung stellen¹⁾. Sie könnte auch die Voraussetzungen dafür schaffen, daß der Antragsteller, Gemeinschuldner, Konkurs- oder Massegläubiger bzw. absonderungsberechtigte Gläubiger wegen der Ausfallforderung ihren Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens bis zum Wirksamwerden des Eröffnungsbeschlusses zurücknehmen²⁾. Sie kann außerdem später darauf hinwirken, daß das Verfahren nach § 202 KO auf Grund des Antrags des Gemeinschuldners eingestellt wird, wenn insbesondere alle Konkursgläubiger befriedigt sind³⁾. Diese objektiven Möglichkeiten der Vertragserfüllung dürften aber nicht mehr im Rahmen der Patronatserklärung nach deren Sinn und Zweck beabsichtigt sein bzw. verlangt werden können⁴⁾. Die Erfüllung ist insoweit unmöglich.

- 1) Insbesondere Köhler aaO. WM 1978,1338 (1345).
- 2) Menzel-Kuhn Konkursordnung 8. Aufl. 1976 § 103 KO Rn. 6 i.V. Rn. 3.
- 3) Menzel-Kuhn aaO. § 202 KO Rn. 8.
- 4) So im Grunde die Autoren, die zu diesem Zeitpunkt objektive Unmöglichkeit annehmen, vgl. ua. Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 28;
Rümker aaO. WM 1974,990 (991);
Mosch aaO. S. 140;
Stecher aaO. S. 179 ff;
Gerth aaO. 2. Aufl. S. 160;
Köhler aaO. WM 1978,1338 (1345) unterscheidet dagegen zwischen der hier naheliegenden Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit und nimmt letztere erst an z.B. bei Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der Tochtergesellschaft. Gleichwohl kommt er zur Schadloshaltung nach den Grundsätzen des Schadensersatzrechts, entsprechend § 438 BGB i.S. einer Haftung für Zahlungsunfähigkeit.

Im übrigen kann die Muttergesellschaft ihre Ausstattungsverpflichtung insoweit nicht mehr nachholen, als sie weder unmittelbar noch über den Gemeinschuldner Einfluß auf die Eröffnung bzw. Fortsetzung des Konkursverfahrens nehmen kann¹⁾. Die Bank könnte also eine generelle Ausstattung der Tochtergesellschaft der Art, daß das Konkursverfahren wegen Befriedigung aller Gläubiger eingestellt wird, von der Muttergesellschaft nicht verlangen. Es fragt sich, was die Bank stattdessen beanspruchen bzw. was sie von der Muttergesellschaft nunmehr im Klagewege verlangen kann.

Ist Erfüllung nicht möglich, kommt ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Betracht (§§ 275, 280 BGB), sofern die Muttergesellschaft die Unmöglichkeit (oder das der Unmöglichkeit gleichgesetzte Unvermögen) im Sinne der §§ 276 - 278 BGB zu vertreten hat.

Wie soeben dargelegt, ist der Muttergesellschaft eine Leistung aus der Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 bei Insolvenz der Tochtergesellschaft **n a c h t r ä g l i c h** unmöglich geworden.

Hat die Muttergesellschaft zugleich mit der Ausstattungsverpflichtung zugesagt, dafür Sorge tragen zu wollen, daß diese stets **s o g e l e i t e t** wird, daß sie ihren Verbindlichkeiten der Bank gegenüber

1) Sie kann aber weiterhin an die Bank leisten (§ 267 BGB).

nachkommt, so ist ihr diese Leistung mit Eröffnung des Konkursverfahrens und Einsetzung des Konkursverwalters ebenfalls unmöglich geworden.

Der Feststellung der Unmöglichkeit der Ausstattungsverpflichtung kann die Muttergesellschaft nicht entgegenhalten, daß mit Eröffnung des Konkursverfahrens eine Situation eingetreten sei, wodurch sie sich zu "überobligationsmäßigen Aufwendungen" veranlasst sehe, die ihr nicht möglich oder nicht zumutbar seien. Nach heute herrschender Meinung kann dieses Vorbringen allenfalls als Einrede gemäß § 242 BGB und nicht als Fall der objektiven Unmöglichkeit behandelt werden¹⁾. Maßgebend sind insoweit die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage²⁾. Die Muttergesellschaft hat jedoch im Normalfall ihrer Ausstattungsverpflichtung selbst die Grundlage entzogen, indem sie den Eintritt des Insolvenzfalles nicht verhindert hat, also ist ihr die versprochene Leistung - trotz aller Schwierigkeiten, die ihrer Erbringung entgegengestanden haben mögen - unmöglich geworden, und sie muß nun für diese Unmöglichkeit einstehen.

1) Palandt-Heinrichs aaO. § 275 Anm. 1 e), § 242 Anm. 6 Ca) bb) m.w.N.

2) Palandt-Heinrichs aaO. § 242 Anm. 6 C a) bb); BGH vom 15.12.1955 BB 1956, 254; Soergel-Siebert aaO. § 242 Rn. 250.

Der Muttergesellschaft könnte die Leistung ferner dann nachträglich unmöglich geworden sein, wenn sie einen Dritten wegen etwaiger "Gläubigergefährdung", "Gläubigerschädigung" oder "Konkursverschleppung" nicht mehr veranlassen dürfte, der Tochtergesellschaft Kredit zu gewähren. Es liegt nicht außerhalb aller Erfahrung, daß die Muttergesellschaft auch bei sich bereits abzeichnender Vermögensverschlechterung im Zusammenwirken mit der Tochtergesellschaft bei einer anderen Bank versucht, Kredite für die Tochtergesellschaft zu erhalten. Eine Bank wird mit Rücksicht auf die ungewissen Vermögensverhältnisse bei der Tochtergesellschaft von dieser Sicherheiten verlangen. Eine solche Besicherung könnte zur sogenannten "Gläubigergefährdung", "Gläubigerschädigung" oder "Konkursverschleppung" führen.

Mit den drei Begriffen werden in der Literatur und Rechtsprechung Fallgruppen zusammengefaßt, die auf sittenwidrigen Sicherungsgeschäften basieren und eine Bankenhaftung gegenüber geschädigten Dritten gemäß § 826 BGB auslösen können¹⁾. Eine Gläubigergefährdung bzw. -schädigung liegt namentlich vor,

- 1) Canaris aaO. Anhang nach § 357 Anm. 60; Palandt aaO. § 826 Anm. 8 i bb); RG vom 19.10.1914 RGZ 85,343 (345); RG vom 9.4.1932 RGZ 136,247 (253); RG vom 21.12.1933 RGZ 143,48 (52); BGH vom 9.7.1953 BGHZ 10,228 (232/3); BGH vom 21.12.1955 WM 1956,283; BGH vom 20.12.1957 WM 1958,249 (250); BGH vom 4.3.1958 WM 1958,590; BGH vom 22.1.1962 WM 1962,527 (529); BGH vom 15.6.1962 WM 1962,963 (965); Mertens "Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung" in ZHR 1979 143. Bd. S. 174 ff; Rümker "Gläubigerbenachteiligung durch Gewährung und Belassung von Krediten" in ZHR 1979 143. Bd. S. 195 ff; Meyer-Cording "Konkursverzögerung durch erfolglose Sanierungsversuche" in NJW 1981,1242 (1243); Coing "Eine neue Entscheidung zur Haftung der Banken wegen Gläubigergefährdung" in WM 1980,1026 ff (Besprechung von BGH WM 1979,878 -Herstatt-); BGH vom 9.2.1965 WM 1965,475.

"wenn die ausbedungene Sicherheit durch ihren Umfang, und ihre Undurchsichtigkeit die Gefahr mitsichbringt, daß nicht erkennende Gläubiger zu Schaden kommen¹⁾". Hierhin gehören Verträge (Sicherheitenverträge), durch die gegenwärtige oder zukünftige Gläubiger der Tochtergesellschaft insbesondere deren Lieferanten vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt werden²⁾. Lieferanten könnten also in Unkenntnis des wahren Sachverhalts im Vertrauen auf die scheinbare Kreditwürdigkeit und freie Verfügung der Tochtergesellschaft über ihr Vermögen die Tochtergesellschaft weiterbeliefern, und zwar letzten Endes zum eigenen Schaden. Dritte Gläubiger (einschl. Lieferanten) könnten davon abgehalten werden, ihre Forderungen schon jetzt beizutreiben.

Konkursverschleppung setzt voraus, "daß der Kreditgeber den Schuldner von einem durch die Verhältnisse gebotenen alsbaldigen Antrag auf Konkurseröffnung durch Gewährung eines für die Gesundung des Schuldners offenbar unzulänglichen oder nur zur Verlängerung des wirtschaftlichen Todeskampfes geeigneten Kredits abgehalten hat³⁾".

Die Muttergesellschaft könnte somit geltend machen, daß sie an der Schädigung Dritter nicht mitwirken und selbst keine unerlaubte Handlung begehen dürfe. Folglich könne sie die Patronatserklärung nicht erfüllen und habe die Nichterfüllung auch nicht zu vertreten.

- 1) BGH vom 15.6.1962 WM 1962,963.
- 2) Für die Haftung nach § 826 BGB genügt sittenwidriges Verhalten, "wenn sich der Kreditgeber grob fahrlässig (gewissenlos) der Erkenntnis dieser Dinge und des für Dritte eintretenden Schadens verschlossen hat". Erforderlich ist mindestens bedingter Vorsatz.
- 3) So BGH vom 15.6.1962 WM 1962,963; Canaris aaO. Anhang nach § 357 HGB Anm. 60 und u.a. die Autoren gemäß Fußnote 1) Seite 38.

In bezug auf den Vorwurf der Konkursverschleppung ist außerdem die Fallgestaltung denkbar, daß sich nicht nur ein dritter Kreditgeber sondern die Muttergesellschaft selbst um die Sanierung der Tochtergesellschaft bemüht, obwohl diese Sanierungsbemühungen zu diesem Zeitpunkt zweifelhaft sind und zur Verzögerung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens beitragen. Alte und neue Gläubiger könnten z.B. geschädigt werden, weil die Tochtergesellschaft vielleicht weiterhin "Verluste produziert", neue Verbindlichkeiten eingeht, ihre Schuldenlast vergrößert und sich die spätere Konkursmasse auf diese Weise verringert¹⁾. Wollte die Muttergesellschaft ihren Einfluß auf die Tochtergesellschaft dazu benutzen, daß der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens durch die Tochtergesellschaft hinausgeschoben wird, um die Rückführung der durch die Patronatserklärung "sichergestellten" Kreditforderung durch die Tochtergesellschaft zu erreichen, eben durch die Aufnahme eines Darlehens bei Dritten, so könnte darin eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung im Sinne des § 826 BGB liegen²⁾.

In diesen zuletzt geschilderten Fällen (S. 38) hat es zunächst den Anschein, als ob die Muttergesellschaft die Unmöglichkeit nun nicht mehr zu vertreten habe. Auch hier läßt sich jedoch feststellen, daß sie den Tatbestand der Vermögensverschlechterung nicht rechtzeitig verhindert hat, jedenfalls die Tochtergesellschaft nicht so ausgestattet wurde, daß eine ordnungsgemäße Kreditrückführung gewährleistet war. Es läßt sich in diesen Fällen daher nicht bestreiten, daß die Muttergesellschaft für die nachträgliche Unmöglichkeit, ihre Verpflichtungen aus ihrer Patronatserklärung zu erfüllen, der Bank gegenüber einzustehen hat.

1) Meier-Cording aaO. NJW 1981,1242.

2) Palandt-Thomas § 826 Anm. 8 i bb).

Des weiteren ist der Tatbestand der nachträglichen Unmöglichkeit mit der Folge einer Haftung Muttergesellschaft gegeben, wenn sich letztere vertragswidrig vorzeitig von der Beteiligung an ihrer Tochtergesellschaft löst und sich damit selbst die Möglichkeit nimmt, der Tochtergesellschaft rechtzeitig Geldmittel zuzuführen (gleichgültig, ob sie die Beibehaltung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zugesagt hat oder diese stillschweigend von den Beteiligten vorausgesetzt wird)¹⁾.

Die Bank hat somit in dem vorzitierten Fall mangelnder Ausstattung (Beispiel Nr. 6) Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung dieser Ausstattungsverpflichtung nach den §§ 280 Abs. 1, 275 Abs. 2, 282 BGB²⁾. Spätestens mit Eröffnung eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens läßt sich die Tatsache der Unmöglichkeit ohne Schwierigkeiten feststellen. Die notwendige Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Ausfall der Bank ist gegeben. Außerdem kommt der Bank zugute, daß die Muttergesellschaft die Beweislast trägt, wenn streitig ist, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von ihr zu vertretenden Umstandes ist (§ 282 BGB). Einwände im Sinne der Darlegungen auf Seite 38 sind nicht recht überzeugend. In der Literatur wird sogar festgestellt, daß Einwände "schwerlich vorstellbar seien"³⁾.

- 1) Gerth aaO. 2. Aufl. S. 162/163;
so auch Rümker aaO. WM 1974,990 (994) bei Kombination mit Beispiel Nr. 4 und Schaffland aaO. BB 1977,1021 (1023) i.V. mit Beispiel Nr. 6.
- 2) U.a. Gerth aaO. 2. Aufl. S. 161;
Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 29;
Mosch aaO. S. 140;
Stecher aaO. S. 183;
Rümker aaO. WM 1974,990 (991).
- 3) Mosch aaO. S. 140.

Entsprechendes gilt für den geschilderten Fall, in dem sich die Muttergesellschaft vorzeitig von der Beteiligung an der Tochtergesellschaft getrennt hat. Man wird jedoch die Frage der Kausalität zwischen dieser Vertragsverletzung und dem Ausfall der Bank im Einzelfall näher untersuchen müssen.

Hat es die Muttergesellschaft versäumt, auf die Leitung der Tochtergesellschaft Einfluß zu nehmen (Beispiel Nr. 6 1. Teil), kann dies Versäumnis ebenfalls kausal für den Ausfall der Bank sein.

Besteht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann die Bank Ersatz in Höhe des nicht getilgten Kapitalbetrages, der Zinsen und etwaiger Provisionen verlangen¹⁾. Hat die Bank den Kreditbetrag, wie in dem Eingangsfall²⁾ geschildert, in fremder Währung zur Verfügung gestellt und wir ihr der Betrag nicht bei Fälligkeit angeschafft, so kann sie u.U. dadurch einen weitergehenden Schaden haben, daß sie erst zu einem späteren Zeitpunkt diesen Fremdwährungsbetrag - zum Rücktausch - erhält, ohne einen früheren, bei Fälligkeit vielleicht günstigeren Kurs ausnutzen zu können. Sie hätte also einen Verzögerungsschaden besonderer Art, den sie als Berechnungsfaktor der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung

1) U.a. Gerth aaO. 2. Aufl. S. 161;
Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 29;
Mosch aaO. S. 140;
Stecher aaO. S. 183;
Rümker aaO. WM 1974,990 (1991)
sowie Ersatz entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB:
so Mosch aaO. S. 141 und Rümker aaO. WM 1974,990 (1991).

2) S. 1.

einbringen kann¹⁾.

c) Verpflichtung zur Sicherheitsleistung bei Eintritt von Zahlungsschwierigkeiten bei der Tochtergesellschaft

Bei der Prüfung des materiellrechtlichen Gehalts der Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 ergibt sich neben der schadensersatzrechtlichen Lösung noch ein weiterer Ansatzpunkt für eine interessengerechte Lösung. Die Muttergesellschaft könnte sich möglicherweise mit der vorgenannten Patronatserklärung neben der Ausstattung der Tochtergesellschaft mit liquiden (oder nicht liquiden) Mitteln konkludent zu einer weiteren Leistung verpflichtet haben, etwa zu einer Leistung in Form einer Sicherheitsleistung gemäß § 232 BGB, ersatzweise nach "Wahl" der Bank. Mit "Wahl" ist hier die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) des Gläubigers²⁾ gemeint, wie nachstehend näher ausgeführt werden soll:

Das Reichsgericht hat die "Ersetzungsbefugnis des Gläubigers" verschiedentlich anerkannt³⁾. Die Ersetzungsbefugnis kann durch Vertrag begründet werden.

- 1) Palandt-Heinrichs aaO. § 286 Anm. 3, § 284 Anm. 1;
RG vom 6.12.1918 RGZ 94,203 (206);
RG vom 20.10.1922 RGZ 105,280 (281);
BGH vom 29.10.1952 NJW 1953,337: "Die Klägerin soll durch die Schadensersatzzahlung einschließlich der Verzugsfolgen so gestellt werden, als ob sie im Augenblick des Verzugs von der Beklagten das Geld erhalten hätte Dies entspricht einem Rechtsgedanken, dessen Entwicklung in der Rechtsprechung seit langem festzustellen ist. Insbesondere hat das RG (RGZ 94,203 (206)) entschieden, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung und wegen verspäteter Erfüllung nicht nebeneinander begehrt werden können. Es hat sich dabei schon auf die Rechtsprechung des ROHG 6,194 berufen können. Was für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung gilt, ist gleicherweise auf den Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung anzuwenden."
- 2) Palandt-Heinrichs aaO. § 262 BGB Anm. 3 c;
Staudinger-Werner aaO. Vorbem. zu § 262 BGB Rn. 11/12.
- 3) RG vom 21.3.1931 RGZ 132,9 (14) und
RG vom 17.3.1932 RGZ 136,127 (129).

Entscheidend sind der Parteiwille und die besondere Gestaltung des Rechtsverhältnisses¹⁾. Die "Ersetzungsbefugnis des Gläubigers" gibt diesem das Recht, eine andere Leistung ersatzweise zu fordern, während der Schuldner diese Leistung regelrecht schuldet und verpflichtet ist, sie auf Anforderung zu erbringen. Insoweit unterscheidet sich die "Ersetzungsbefugnis des Gläubigers" von der Wahlschuld des Schuldners gemäß § 262 BGB, wonach der Schuldner zwischen mehreren Leistungen wählen darf. Die "Ersetzungsbefugnis des Gläubigers" unterscheidet sich auch wesentlich von der sogenannten "Ersetzungsbefugnis des Schuldners". Bei letzterer ist nicht jede alternativ geschuldete Leistung Gegenstand des Schuldverhältnisses. Der Schuldner hat vielmehr das Recht, nicht aber die Pflicht, anstatt der geschuldeten Leistung eine andere an Erfüllungs Statt zu leisten; macht der Schuldner davon Gebrauch, kann der Gläubiger die ihm alternativ angebotene Leistung abweichend von der Regelung in § 364 Abs. 1 BGB nicht ablehnen²⁾.

Gemäß Patronatserklärung Nr. 6 soll allein die Bank die (Ausstattungs-)Leistung von der Muttergesellschaft fordern können. Daher kommt nur ein Recht wie die "Ersetzungsbefugnis des Gläubigers" in Betracht,

- 1) RG wie vor;
In der Literatur wird die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers teilweise auch mit § 242 BGB begründet und auf die besondere Problematik bei der Abgrenzung zur Wahlschuld verwiesen. Staudinger-Werner aaO. Vorbem. §§ 262 - 265 BGB Rn. 11/12;
Palandt-Heinrichs § 262 Anm. 3 c);
Soergel-Siebert-Schmidt aaO. § 262 Rn. 5;
Erman-Sirp aaO. § 262 BGB Anm. 5;
Als gesetzlicher Fall der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers wird insbesondere § 249 Satz 2 BGB zitiert.
- 2) Staudinger-Werner aaO. § 364 BGB Rn. 5;
Palandt-Heinrichs aaO. § 262 BGB Anm. 3 c);
Staudinger-Werner Vorbem. § 262 Rn. 9 und § 265 Rn. 17 BGB (RGR) 11. Aufl. I. Bd. 2. Teil Nastelski § 262 Anm. 7/8;
Soergel-Siebert BGB I. Bd. §§ 1 - 432 1959 Schmidt Rn. 4 und 5 zu § 262.

wenn es um die Geltendmachung einer weiteren Forderung auf Leistung geht. Eine derartige Leistung muß aber vertraglich vereinbart sein.

Ob die Absprache der Vertragsparteien im Rahmen einer Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 ein solches Ergebnis zuläßt, kann durch einfache Vertragsauslegung¹⁾ gemäß §§ 133, 157, 242 BGB oder durch ergänzende Vertragsauslegung²⁾ ermittelt werden.

Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung könnte beispielsweise eine Lücke, die ein Vertrag aufweist, geschlossen werden.

- 1) Zur einfachen Auslegung: Palandt^{-Heinrichs} aaO. § 133 BGB Anm. 4, § 157 BGB Anm. 2, Einf. v. § 116 BGB Anm. 2; Soergel-Knopp aaO. § 133 BGB Rn. 1; BGH vom 3.2.1967 BGHZ 47,75 (78): "Bei der Auslegung einer Willenserklärung kommt es nicht darauf an, den inneren, unerklärt gebliebenen Willen zu erforschen. Maßgebend ist vielmehr nur der erklärte Wille, also nur das, was als Wille für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war. Sie gilt so, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsanschauung verstehen mußte (§§ 133, 157 BGB)."
- 2) Palandt^{-Heinrichs} aaO. § 157 BGB Anm. 2; Soergel-Knopp aaO. § 133 BGB Rn. 2 und § 157 BGB Rn. 99 und § 125 BGB; BGH vom 23.4.1953 BGHZ 9,273/278: "Der Richter, dem die ergänzende Vertragsauslegung im Einzelfall obliegt, muß also die Frage prüfen und beantworten, wie die Parteien den fraglichen, ungeregelt gebliebenen Punkt geregelt haben würden, wobei er zugleich die Grundsätze von Treu und Glauben mit zu berücksichtigen hat." BGH vom 10.7.1963 BGHZ 40,91, 103: "Nicht alles, worüber in einem Verträge eine Regelung fehlt, stellt schon eine Vertragslücke dar. Von ihr kann nach feststehender Rechtsprechung nur gesprochen werden, wenn ein Vertrag innerhalb des tatsächlich gegebenen Rahmens oder innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen der Parteien eine ersichtliche Lücke aufweist. Die richterliche Vertragsergänzung darf aber nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen."

In einer Patronatserklärung mit Ausstattungsverpflichtung (Beispiel Nr. 6) besteht keine solche Vertragslücke, die ergänzt werden müßte. Die Parteien haben sowohl die Verpflichtung der Muttergesellschaft zur Ausstattung der Tochtergesellschaft als auch den Zweck der Ausstattungsleistung, nämlich die Erfüllung der Verbindlichkeit aus Kredit durch die Tochtergesellschaft, festgelegt. Sie sind mithin ausdrücklich darüber einig, daß die Muttergesellschaft zu leisten hat und daß die Bank "die Leistung" fordern kann. Was unter Leistung insbesondere bei Insolvenz der Tochtergesellschaft zu verstehen ist, kann daher nur durch einfache Vertragsauslegung festgestellt werden.

Der Wortlaut der Patronatserklärung Nr. 6 enthält ausdrücklich keinen Hinweis darauf, daß die Muttergesellschaft ersatzweise zur Sicherheitsleistung verpflichtet sein will, wenn ihr die Ausstattung unmöglich wird, weil die Tochtergesellschaft insolvent ist. Der Insolvenzfall, insbesondere die Zahlungs^{un}fähigkeit der Tochtergesellschaft soll aber nach dem erklärten Willen beider Parteien gerade verhindert werden. Beiden Parteien geht es erkennbar um den Schutz des Gläubigers (Bank) der Tochtergesellschaft hinsichtlich seiner Kreditforderung¹⁾.

- 1) Sollte die Muttergesellschaft die Patronatserklärung Nr. 6 obendrein mit der Erklärung verbunden haben, daß sie sich bei Änderung ihrer Beteiligung an der Tochtergesellschaft rechtzeitig mit der Bank in Verbindung setzen werde, um eine "zufriedenstellende Lösung zu finden", so will sie auch damit die Bank "schützen". In der Literatur wird diese Zusage zwar nur als Verpflichtung zum Bemühen um eine Lösung und nicht als Verpflichtung zur Lösung aufgefaßt. In Verbindung mit Nr. 6 bietet diese Erklärung aber einen weiteren Anhaltspunkt dafür, daß die Muttergesellschaft bei Änderung ihrer Beteiligung "etwas" zum Schutze der Bank tun werde. Schaffland aaO. BB 1977, 1025; Mosch aaO. S. 88.

Der Gläubigerschutz ist also wesentlicher Teil der Vertragsabsprache. Auf diesen Schutzgedanken verweisen sowohl die schweizerische Literatur (S. 15) als auch deutsche Autoren insbesondere zu Patronatserklärungen gemäß Beispiel Nr. 4¹⁾ und Nr. 6²⁾. Die Muttergesellschaft veranlaßt die Bank, darauf zu vertrauen, daß sie, die Muttergesellschaft, e t w a s unternehmen werde, um diesen Schutz sicherzustellen. Es liegt daher nahe, zunächst einmal einen Vergleich zu anderen Gläubigerschutzbestimmungen, wie sie im Aktiengesetz zum Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag geregelt sind, zu ziehen.

Die Beteiligten, die Muttergesellschaft, die Tochtergesellschaft und die Bank, stehen mit Rücksicht auf die Patronatserklärung (Nr. 6) in einer ähnlichen Dreiecksbeziehung, wie sich diese nach § 302 AktG zwischen den Vertragspartnern eines solchen Unternehmensvertrages und Gläubigern der der Tochtergesellschaft vergleichbaren "Untergesellschaft" ergibt. Gemäß § 302 AktG ist die "Obergesellschaft" im Rahmen des Unternehmensvertrages während der Dauer des Unternehmensvertrages verpflichtet, etwaige Jahresfehlbeträge bei der "Untergesellschaft" auszugleichen. Damit sollen wegen der engen Bindung der Vertragsbeteiligten die Vermögenssubstanz der Tochtergesellschaft erhalten und Gläubigerschutz gewährleistet werden. Die "Obergesellschaft" ist dagegen jedoch nicht verpflichtet, die Zahlungsfähigkeit der Untergesellschaft aufrechtzuerhalten³⁾. Endet ein solcher Unternehmensvertrag

1) Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 24.

2) Köhler aaO. WM 1978,1338 (1346).

3) Großkomm. zum AktG Würdinger aaO. § 302 Einl.;
Godin-Wilhelmi aaO. § 302 Anm. 1 und 2.

wird die "Obergesellschaft" nicht etwa frei, sondern hat bestimmten Gläubigern der Tochtergesellschaft gemäß § 303 AktG Sicherheit zu leisten. Im Falle der Patronatserklärung Nr. 6 ist die Muttergesellschaft gegenüber der Bank verpflichtet, für die Ausstattung und damit die Solvenz der Tochtergesellschaft zu sorgen. Wird die Ausstattung unmöglich, "endet" diese Verpflichtung. Dann ist es aber nicht recht vorstellbar, daß die Muttergesellschaft von ihrer Leistungspflicht, abgesehen von einer Verpflichtung zum Schadensersatz, freiwerden soll. Jedenfalls streben gewöhnlich beide Parteien bei Abgabe der Patronatserklärung nicht Schadensersatz sondern eine Gewährleistung und etwaige Sicherstellung der Bank an. Eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung ist zwar, wie oben gesagt, nicht in der Patronatserklärung Nr. 6 formuliert. Auch § 303 AktG ist nicht wenigstens für analog anwendbar erklärt worden¹⁾.

Für eine stillschweigende analoge Anwendung der Gläubigerschutzbestimmung ist auf erste Sicht kein Anhalt gegeben. Selbst wenn z.B. mit einer GmbH als Unter- gesellschaft ein Organschaftsvertrag abgeschlossen worden ist, findet § 303 AktG nur auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung entsprechende Anwendung²⁾ (mit der GmbH-Novelle vom 4. 7. 1980³⁾ ist eine solche Gläubigerschutzbestimmung nicht in das GmbH-Gesetz aufgenommen

- 1) Eine analoge Anwendung würde auch nicht passen, da offenbliebe, welches Ereignis an Stelle der Beendigung eines Unternehmensvertrages die Sicherheitsleistung auslösen sollte.
- 2) So Scholz Komm. zum GmbHG 6. Aufl. 1978 Anh. II (Konzernrecht) Emmerich Anm. 196 und Peltzer AG 1975, 308 (313); Cbermüller "Unternehmensverträge als Sicherheit für Kredite an Tochtergesellschaften" Die Bank 1977, 38 Heft 10.
- 3) vgl. S. 68.

worden. Der Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes hatte ursprünglich eine Regelung entsprechend § 303 AktG vorgesehen¹⁾.)

Im hier zu prüfenden Fall drängt sich der Gläubigerschutzgedanke des § 303 AktG aber auf. Die Parteien können in ähnlicher Weise gebunden sein, und zwar auch konkludent. Mithin geht die Muttergesellschaft nur eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Sicherheitsleistung ein, die die Bank ersatzweise bei Insolvenz der Tochtergesellschaft fordern kann, und umgeht damit, wie bei Abgabe der Patronatserklärung gewünscht, zunächst die Verpflichtung zur Übernahme einer Bürgschaft oder Garantie. Welche Sicherheit die Muttergesellschaft zu leisten hat, kann diese bestimmen (§ 232 BGB).²⁾

Eine solche Vertragsauslegung entspricht der Zweckbestimmung und dem mit der Patronatserklärung Nr. 6 angestrebten Erfolg. Der Bank obliegt andererseits keine andere Verpflichtung als die angeforderte und ihr von der Muttergesellschaft gehörig angebotene Ersatzleistung anstelle der in erster Linie geschuldeten Ausstattung als Erfüllung anzunehmen.

Die Verpflichtung der Muttergesellschaft beschränkt sich also auf die ihr nach dem Schuldverhältnis möglich gebliebene Ersatzleistung in Form einer Sicherheitsleistung.

1) § 258 Abs. 1 Bundestagsdrucksache VI/3088 vom 31.1.1972 und 7/253; Hachenburg-Schilling GmbHG-Großkommentar 1975 Bd. I 7. Aufl. VIII Einl. Rn. 57; Immenga "Der neue Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz" BB 1977, 957 sowie § 183 Abs. 1 des vorangegangenen Referentenentwurfs vom April 1969, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz; Gerth aaO. 2. Aufl. S. 247.

2) Diese Konstruktion ist auch keine "Fiktion einer Willenserklärung", wie kritisch zu der Fallgestaltung i.S. des Beispiels Nr. 2 zur Meinung von Erman angemerkt wird, vgl. Rümker aaO. WM 1974, 990 (994 r.Sp.).

Die "Wahl" zwischen möglichen Sicherheiten steht der Muttergesellschaft scheinbar frei. Die "Wahl" muß sich jedoch im Hinblick auf § 242 BGB, um nicht unbillig zu sein, im gesetzlichen Rahmen des § 232 BGB bewegen (so auch im Fall des § 303 AktG¹⁾). Die Bank könnte daher als Gläubigerin den Klageantrag stellen,

"die Beklagte (Muttergesellschaft) zu verurteilen, Sicherheit in einer der in § 232 BGB vorgeschriebenen Weise zu Gunsten der Klägerin zu leisten."²⁾

- 1) Großkommentar zum AktG 3. Aufl. IV 1975 Würdinger § 303 Anm. 7;
Godin-Wilhelmi AktG 3. Aufl. Band 2 1967 § 303 Anm. 3;
Baumbach-Hueck AktG 13. Aufl. 1968 Rn. 5;
zum Anspruch auf Sicherheitsleistung im Zusammenhang mit einer Kreditzusage auf Grund eines Darlehensvertrages vgl. BGH vom 24.9.1962 WM 1962,1264.
- 2) KG vom 26.11.1935 JW 1936,677 und KG vom 3.3.1936 JW 1936,1464;
zum Anspruch auf Sicherheitsleistung im übrigen (vor allem, wenn die Leistung schon genau bezeichnet werden kann) Obermüller "Abkaufsverpflichtung und Verpflichtung zu künftiger Sicherheitsleistung bei Insolvenz des Verpflichteten" DB 1976,901;
und Kelz "Versprechen einer künftigen Sicherheitsleistung" Bank-Betrieb 1972,488 (489);
Canaris aaO. Anhang nach § 357 HGB Anm. 1304/1305.

Etwas anderes gilt für das Stadium der Zwangsvollstreckung.

Die Sicherheitsleistung gilt allgemein als vertretbare Handlung, deren Vollstreckung sich nach § 887 ZPO richtet¹⁾. Sie muß im Antrag und später im Beschluß so konkret bezeichnet sein, daß eine Vollstreckung möglich ist. Wie das Kammergericht in seinem Beschluß vom 26. 11. 1935²⁾ ausführt, muß nämlich "dem Gericht die Möglichkeit einer Prüfung gegeben werden, ob das, wozu der Gläubiger die Ermächtigung beantragt, sich mit dem deckt, wozu der Schuldner verurteilt worden ist, und weiter, ob die vom Gläubiger beabsichtigte Handlung zweckmäßig ist. Eine solche Prüfung ist aber nur möglich bei hinreichender Bestimmtheit der vorzunehmenden Handlung. Bei einer Verurteilung zur Sicherheitsleistung gemäß § 232 BGB genügt es daher keineswegs, daß der Gläubiger sich darauf beschränkt, eine der in dieser Vorschrift zur Wahl gestellten Art der Sicherheitsleistung zu bezeichnen, also z.B. anzugeben, er wolle eine Hypothek an einem inländischen Grundstück bestellen oder Wertpapiere hinterlegen. Es muß vielmehr von ihm gefordert werden, daß er ein bestimmtes inländisches Grundstück als Belastungsobjekt, oder daß er bestimmte Wertpapiere als zu hinterlegende angibt. Wollte man von dem Erfordernis der bestimmten Bezeichnung absehen, so würde damit in vielen Fällen der Grund zu einem neuen Streit zwischen den Parteien gelegt werden, wenn der Gläubiger nach allgemeiner

1) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann aaO. § 887 Anm. 6; Wieczorek Bd. IV Teil 2 1958 § 887 Rn. C II a 3; Stein-Jonas Kommentar zur ZPO 17. Aufl. 1956 § 887 Anm. III 2..

2) JW 1936, 677/678.

Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Handlungen schreitet. Ein solcher Streit ist vor der Ermächtigung auszutragen und vom Gericht durch den Ermächtigungsbeschuß zu entscheiden."

Kommt also die Muttergesellschaft ihrer Verpflichtung aus dem Urteil nicht nach, kann die Bank gemäß § 887 ZPO bei Gericht beantragen,

sie zu ermächtigen, auf Kosten der Muttergesellschaft eine von ihr (der Bank) entsprechend § 264 BGB gewählte, bestimmt bezeichnete Handlung vorzunehmen (etwa Wertpapiere, und zwar im Nennwert von zu hinterlegen oder eine Hypothek an dem Betriebsgrundstück der Muttergesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland in Höhe von zu bestellen¹⁾).

Die Bank kann aber auch als Gläubiger beantragen,

sie auf Kosten des Schuldners zu ermächtigen, etwa zu Gunsten der Bank (Antragstellerin) die Bürgschaft einer Großbank beizubringen²⁾.

Ein Nachweis (seitens des Gläubigers), daß die Muttergesellschaft nicht imstande sei, die Sicherheit in einer der in § 232 Abs. 1 BGB bezeichneten Art (also vorzugsweise Sachsicherheit) zu leisten, wird nicht gefordert, da § 232 Abs. 2 BGB nur eine Schutzvorschrift zu Gunsten

1) KG vom 26.11.1935 JW 1936,677.

2) KG vom 3.3.1936 JW 1936,1464.

des Gläubigers darstellt¹⁾. Der Gläubiger kann sich demgemäß mit der Bürgschaft als der schwächeren Sicherheit einverstanden erklären²⁾.

Stellt die Muttergesellschaft also einen tauglichen Bürgen, ist die Bank zum Abschluß eines Bürgschaftsvertrages verpflichtet³⁾. Bietet die Muttergesellschaft dagegen der Bank die Übernahme ihrer Bürgschaft an, so ist die Bank zwar einerseits nicht zum Abschluß eines solchen Bürgschaftsvertrages verpflichtet⁴⁾, auf der anderen Seite würde sie sich aber ggfs. rechtsmißbräuchlich verhalten, wenn sie eine solche Sicherheit ablehnte.

Mit Rücksicht auf die existente Hauptforderung könnte die Bank die Muttergesellschaft aus ihrer Bürgschaftserklärung (sofern diese selbstschuldnerisch bürgt) ohne vorherige Rechtsverfolgung der Tochtergesellschaft unmittelbar in Anspruch nehmen, anderenfalls nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Tochtergesellschaft (§ 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB)⁵⁾.

- 1) KG vom 3.3.1936 JW 1936,1464;
Soergel-Fahse Bd. 1 Allg. Teil 11. Aufl. 1978
§ 232 Rn. 10.
- 2) Erman-Hefermehl 1. Bd. 4. Aufl. 1967 § 232 Anm. 4;
Soergel-Fahse aaO. § 232 Rn. 10 u. 11;
KG vom 3.3.1936 JW 1936,1464;
a.A. wohl Palandt aaO. § 232 Anm. 1;
Staudinger-Coing aaO. § 232 Anm. 2.
- 3) Soergel-Fahse aaO. § 232 Rn. 10.
- 4) Großkommentar zum AktG aaO. Würdinger § 303 Anm. 7 c);
Die Verpflichtung zur Sicherstellung dürfte entsprechend
§ 303 AktG auch den Zinsanspruch umfassen, selbst wenn
die Tochtergesellschaft insolvent geworden ist, so
Peltzer aaO. Die Aktiengesellschaft 1975,309 (311).
- 5) Ein Anspruch der Bank auf den Verzicht der Einrede der
Vorausklage nach § 771 BGB ist nicht ohne weiteres ge-
geben, da hier die Interessenlage wie dargelegt mit
der Fallgestaltung des § 303 Abs. 3 AktG vergleichbar
ist, vgl. zu § 303 Abs. 3 u.a. Godin-Wilhelmi aaO.
Anm. 3;
Großkommentar zum AktG aaO. Würdinger § 303 Anm. 7 e).

Die Muttergesellschaft würde in diesem Fall bei Befriedigung der Bank kraft Gesetzes deren Ansprüche gegen die Tochtergesellschaft aus Kredit nach § 774 BGB erwerben (desgleichen z.B. gemäß § 2029 Code Civil und Art. 507 OR und nach englischem Recht wohl nur in Form eines Anspruchs auf Freistellung bzw. Regreß aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner¹⁾).

d) Andere Rechtsfolgen

aa) Schadensersatz wegen Verletzung von Auskunftspflichten

Mit Patronatserklärungen gemäß den Beispielfällen Nr. 2, 3, 4 und 7 gibt die Muttergesellschaft der Bank, wie oben erwähnt (S. 17 - 19), Auskunft über: ihre Beteiligung an der Tochtergesellschaft, ihr Verhältnis zur Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft, ihre eigene Geschäftspolitik bezüglich der Bonität der Tochtergesellschaft und über einen bestehenden Unternehmensvertrag mit der Tochtergesellschaft. Die Bank macht diese Auskünfte vielfach zur Grundlage ihrer Kreditentscheidung. Außerdem vertraut sie darauf, daß sich das Verhältnis zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft, über das sie Auskunft erhält, während der Laufzeit des Kredits möglichst nicht verändert. Inwieweit dieses Vertrauen der Bank geschützt ist bzw. die Muttergesellschaft für die Richtig- und Vollständigkeit ihrer Auskünfte der Bank gegenüber haftet, soll nachstehend untersucht werden.

1) Brink in "Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern" Teil IV England/Hadding-Schneider Anm. 200 und 201.

Grundsätzlich begründet eine bloße Auskunft ähnlich wie ein Rat oder eine Empfehlung nach § 676 BGB noch keine Haftung¹⁾. In den vorgenannten Fällen gibt die Muttergesellschaft die Auskünfte jedoch nicht aus bloßer Gefälligkeit. Sie erteilt diese Auskünfte im Rahmen eines geschäftlichen Kontakts mit der Bank. Die Muttergesellschaft kann erkennen, daß ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der Abgabe der Patronatserklärung und der Einräumung des Kredits durch die Bank besteht (und insofern Entgeltlichkeit gegeben ist, wenn auch nicht im Sinne unmittelbarer Gegenseitigkeit)²⁾. Im übrigen hat die Muttergesellschaft regelmäßig ein eigenes Interesse³⁾ an der Kreditausstattung der Tochtergesellschaft, die sie anderenfalls evtl. selbst ausstatten müßte.

Der oben erwähnte geschäftliche Kontakt beruht in vielen Fällen nur auf der Patronatserklärung, nicht aber auf einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung im Sinne eines Bankvertrages⁴⁾, im Rahmen

- 1) Canaris "Bankvertragsrecht" Anhang nach § 357 HGB Anm. 44; RGZ 126,50 (51); RGZ 148,286 (293); Palandt-Thomas aaO. § 676 BGB; Locher "Grundlagen der Haftung einer Bank für Kreditauskünfte" 1970 S. 31 ff (34); Wackerhagen "Haftung der Banken aus Kundenberatung im Wertpapiergeschäft" 1974 S. 27 ff; Dirichs "Die Haftung der Banken für Rat und Auskunft dargestellt an den Beispielen des Anlageberaters und der Kreditauskunft" 1976 S. 22 ff.
- 2) Palandt-Heinrichs aaO. Einl. vor § 241 Anm. 2 und § 676 Anm. 1 und 3 b); Staudinger-Weber aaO. Einl. vor § 241 Anm. J 17 u. J 35/36 Obermüller aaO. S. 5 ZGR 1975.
- 3) Vgl. Fußnote 3) S. 56
- 4) Canaris aaO. Anhang nach § 357 Anm. 2 ff mit kritischen Anmerkungen; Palandt-Thomas Einf. vor § 631 Anm. 5: Geschäftsbesorgungsvertrag; Palandt-Thomas Einf. vor § 675 Anm. 3 b): "ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstleistungsvertrag, der sehr vielfältige Tätigkeiten der Bank im Interesse ihrer Kunden zum Gegenstand hat".

dessen die Muttergesellschaft zugleich Kunde der Bank ist und Auskunft erteilt. Der geschäftliche Kontakt reicht aber aus, um ein Vertrauensverhältnis zwischen der Bank und der Muttergesellschaft zu schaffen (in der Einleitung der AGB der privaten Banken wird zwar auch das Geschäftsverhältnis zwischen dem Kunden und der Bank als Vertrauensverhältnis definiert. Dieses Vertrauensverhältnis ist aber quasi identisch mit dem vorerwähnten Bankvertrag und weiter als das hier gesondert zu betrachtende Vertrauensverhältnis). Die Muttergesellschaft nimmt für sich bewußt dieses Vertrauen in Anspruch und beeinflußt nachhaltig die Vertragsverhandlungen zwischen der Bank und der Tochtergesellschaft. Sie schafft damit die Voraussetzungen, die zum stillschweigenden Abschluß eines haftungsbegründenden Auskunftsvertrages führen können¹⁾. Ein solcher Auskunftsvertrag wird von der höchststrichterlichen Rechtsprechung angenommen, wenn die Auskunft für den Empfänger (Bank) von erheblicher Bedeutung ist und der Empfänger die Auskunft erkennbar zur Grundlage seiner Entschließung machen will²⁾. Ferner kann entscheidend sein, daß der Auskunftgeber (Muttergesellschaft) "besonders sachkundig ist oder daß sein eigenes wirtschaftliches Interesse im Spiel steht³⁾". Die Frage der Haftung

- 1) Palandt-Thomas aaO. § 676 Anm. 3 b);
u.a. BGH vom 20.1.1954 BGHZ 12,105;
BGH vom 17.4.1958 WM 1958,1080;
a.A. Canaris aaO. Anhang nach § 357 HGB Anm. 44, der ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht annimmt.
- 2) U.a. BGH vom 5.1.1955 WM 1955,230 (233);
BGH vom 5.7.1962 WM 1962,1110;
BGH vom 12.2.1979 WM 1979,549.
- 3) BGH vom 14.11.1968 WM 1969,36/37;
BGH vom 2.2.1970 WM 1970,632;
BGH vom 30.3.1976 WM 1976,498;
BGH vom 12.2.1979 WM 1979,548.

für eine Auskunft ist insbesondere im Zusammenhang mit Bankauskünften entschieden worden¹⁾. Die Grundsätze dieser Rechtsprechung sind genauso auf andere Personen anwendbar. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Auskunftgeber für die **R i c h t i g k e i t** und **V o l l s t ä n d i g k e i t** seiner Auskunft zunächst nur im Zeitpunkt der Auskunftserteilung haftet²⁾. Nur in Ausnahmefällen ist der Auskunftgeber zur Richtigstellung einer ursprünglich richtigen Auskunft wegen nachträglich veränderter Umstände verpflichtet³⁾. In der Literatur wird deshalb insbesondere zum Beispiel Nr. 4 die Ansicht vertreten, daß die Muttergesellschaft verpflichtet sei, "ihr Verhalten gegenüber der Tochter so zu wählen, daß sich an der Richtigkeit der dem Kreditgeber erteilten Auskunft auch in Zukunft nichts ändert"⁴⁾.

- 1) Vgl. S.55 Fußnote 1 und Steuer "Haftung für Kreditauskünfte" Die Bank 1979,500.
- 2) Vgl. auch OLG Düsseldorf vom 18.11.1980 DB 1981,1182, das zwar im Entscheidungsfall eine Haftung des GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers bei Übertragung weiterer Werkaufträge trotz Überschuldung der GmbH verneint, bei Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses oder in der Anbahnung besonders auf gegenseitigem Vertrauen beruhender Geschäftsbeziehungen aber eine Verpflichtung des Vertragspartners, eigene wirtschaftliche Bedrängnis zu offenbaren, für möglich hält, und BGH vom 21.6.1974 NJW 1974,1505.
- 3) BGH vom 25.6.1973 BGHZ 61,176 (178); OLG München vom 16.11.1979 WM 1980,505 und für die Bankauskunft Canaris aaO. Anhang nach § 357 Anm. 46.
- 4) Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 21; Obermüller geht jedoch noch über einen reinen Auskunftsvertrag in diesem Sinne hinaus und sieht insoweit Ansatzpunkte für einen garantieähnlichen Vertrag.

Zum Auskunftsvertrag und der damit verbundenen "Vertrauenshaftung" sei auch an die vertragliche oder je nach Fallgestaltung vorvertragliche Haftung bestimmter Personen gegenüber Anlegern im Zusammenhang mit dem Erwerb von Anteilen an sogenannten Publikumsgesellschaften erinnert¹⁾. Der Bundesgerichtshof hat in den von ihm zu entscheidenden Fällen namentlich die Haftung von Vermittlern und Anlageberatern sowie Initiatoren und Gründern einer Publikumsgesellschaft wegen Verletzung von Auskunftspflichten gegenüber den genannten Anlegern bejaht. In einem Fall²⁾ ging es beispielsweise um die Haftung eines Börsendienstes aus positiver Vertragsverletzung. Die Vertragsverletzung bestand darin, daß der Börsendienst bestimmte Angaben ungeprüft an Anleger weitergegeben und maßgebliche ungünstige Faktoren verschwiegen hatte, die die Beurteilung der angeblich ungewöhnlich gewinnträchtigen Anlage beeinflussen mußten. Ferner bejahte der Bundesgerichtshof die Haftung einer Anlagevermittlungsgesellschaft³⁾ und die Haftung von Initiatoren und Gründern einer Publikums-KG⁴⁾ aus Verschulden bei Vertragsschluß bzw. aus besonderem Vertrauen.

- 1) Wunderlich "Zur Haftung für unrichtige oder unvollständige Prospekte über Vermögensanlagen" MDR 1975,102; Unnade "Anlageberatung und Haftung" ZfdgK 1979,11; OLG Hamm vom 14.7.1978 AZ. 11 U 254/77, unveröffentlicht; Marcus Lutter "Zur Haftung des Emissionsgehilfen im grauen Kapitalmarkt" in Festschrift für Johannes Bärmann 1975 S. 605 ff; Coing "Haftung aus Prospekthaftung für Kapitalanlagen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes" WM 1980,206 m.w.Nachw. sowie die nachfolgenden Fußnoten 2 bis 4 sowie S. 59 Fußnote 1).
- 2) BGH vom 8.2.1978 WM 1978,306.
- 3) BGH vom 10.4.1978 WM 1978,611.
- 4) BGH vom 24.4.1978 WM 1978,705; BGH vom 16.11.1978 WM 1979,141; BGH vom 13.3.1980 WM 1980,522.

Dieses Vertrauen knüpft nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs an die Grundsätze der culpa in contrahendo an und stellt eine Haftung dar "in Weiterführung der Grundgedanken einer Vertrauenshaftung, wie sie für die Grundfälle eines Verschuldens bei Vertragsverhandlung entwickelt worden ist, in einem bestimmten vom Gesetzgeber als regelungsbedürftig nicht vorgesehenen, aber ausfüllungsbedürftigen Bereich"¹⁾. Im Kern geht es also um die Haftung des Vermittlers und anderer Personen aus einem stillschweigend geschlossenen (Auskunfts-) Vertrag oder einer Vertragsanbahnung zwischen dem Anleger und dem Vermittler (bzw. den anderen Personen), im Rahmen dessen der Vermittler Auskünfte erteilt hat, die für den Anleger erkennbar von erheblicher Bedeutung waren und die dieser zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen wollte.

Als Anspruchsgrundlage für eine etwaige Haftung der Muttergesellschaft wegen der von ihr mit den Patronatserklärungen Nr. 2, 3, 4 oder 7 erteilten Auskünfte wäre demgemäß eine Haftung aus ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenem Auskunftsvertrag oder der culpa in contrahendo im Sinne der vorzitierten Rechtsprechung zur Haftung

- 1) BGH vom 6.10.1980 WM 1981,483 (484);
ferner: BGH vom 22.5.1980 WM 1980,794;
BGH vom 17.12.1979 DB 1980,872;
abweichend davon befürwortet Coing (vgl. Fußn. 1 S. 58) einen Lösungsansatz auf der Grundlage der Prospekthaftung nach §§ 45, 46 BörsG und § 20 KAGG, § 12 Ausl-InvestmG - BörsG vom 22.6.1896 (RGBI 1896 I 157) nebst Änderungen, KAGG vom 14.1.1970 (BGBl 1970 I 127) nebst Änderungen BGBl III 4120-4, Ausl-InvestmG vom 28.7.1969 (BGBl 1969 I 986) nebst Änderungen BGBl III 7612-1;
BGH vom 22.3.1979 WM 1979,530;
vgl. auch Rechtsprechung zur Beratungs- und Schutzpflicht von Banken u.a. BGH vom 29.5.1978 WM 1978,896, BGH vom 8.6.1978 WM 1978,1038 und Steuer aaO. Die Bank 1979,500.

gegenüber Anlegern¹⁾ zu prüfen. Eine bei Auskunftserteilung unrichtige und unvollständige oder später richtigzustellende Auskunft müßte zumindest mitursächlich für den Schaden des Empfängers der Auskunft (Bank) werden und von der Muttergesellschaft zu vertreten sein (§ 276 BGB²⁾).

Inwieweit die Bank auf die Richtigkeit einer ihr von der Muttergesellschaft erteilten Auskunft vertrauen kann, hängt davon ab, ob sie die Auskunft z.B. mit der erforderlichen Vorsicht aufgenommen³⁾, ihre eigenen weiteren Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft⁴⁾ oder die Auskunft sachgemäß gewertet hat⁵⁾. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, so könnte die Bank wegen eines Mitverschuldens nach § 254 BGB einen Großteil ihres Schadensersatzanspruchs verlieren⁶⁾.

In der Praxis sind die eigenen Erkenntnismöglichkeiten der Bank in den obengenannten Auskunftsfällen relativ gering. Hinsichtlich der Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft kann sich die Bank nur in gewissen Zeitabständen etwa durch Einsicht in den Geschäftsbericht der Muttergesellschaft oder die Gesellschafterliste (einer GmbH) beim zuständigen Registergericht am Sitz der

- 1) oder in diesem Zusammenhang ein gesetzliches Schuldverhältnis besonderer Art, vgl. Canaris und andere S. 63.
- 2) BGH vom 12.2.1979 WM 1979, 548 (550 I. Sp.); BGH vom 5.7.1973 WM 1973, 1015, der obendrein auf die mögliche Beweislastumkehr im Einzelfall verweist.
- 3) So im umgekehrten Fall der Bankauskunft; Locher aaO. S. 216 ff.
- 4) Locher aaO. S. 218.
- 5) Locher aaO. S. 219.
- 6) U.a. BGH vom 12.2.1979 WM 1979, 548; Canaris aaO. Anhang nach § 357 HGB Anm. 20; Locher aaO. S. 216 ff.

Tochtergesellschaft oder durch Rückfrage bei der Tochtergesellschaft unterrichten. Ob die Leitung der Tochtergesellschaft bei Abgabe der Patronatserklärung oder später weiterhin das Vertrauen der Muttergesellschaft genießt, kann die Bank nicht selbständig nachprüfen. Auch über die Geschäftspolitik der Muttergesellschaft kann sich die Bank nicht ohne Hilfe der Muttergesellschaft informieren, und Unternehmensverträge kann die Bank nur überprüfen, wenn ihr derartige Verträge vorliegen bzw. derartige Verträge beim zuständigen Handelsregister angemeldet und hinterlegt sind (§ 294 AktG).

Gleichwohl muß die Bank jede Patronatserklärung auch mit Rücksicht auf eine darin enthaltene Auskunft mit besonderer Vorsicht aufnehmen. Im übrigen ist sie dazu bereits gesetzlich verpflichtet. Nach § 18 Satz 2 des Kreditwesengesetzes (KWG)¹⁾ hat sich eine Bank grundsätzlich "bei Krediten von insgesamt mehr als DM 50.000,-- die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers insbesondere durch Vorlage der Jahresabschlüsse offenlegen zu lassen. Die Bank kann davon nur absehen, wenn das Verlangen nach Offenlegung im Hinblick auf die gestellten Sicherheiten oder auf die Mitverpflichteten offensichtlich unbegründet wäre". Patronatserklärungen reichen insoweit nicht aus, denn hinsichtlich § 18 KWG gilt folgendes. Alle Unternehmen, die z.B. demselben Konzern angehören oder unter einheitlicher Leitung stehen, gelten nach dem KWG als ein Kreditnehmer (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1), so daß

1) in der Fassung vom 3. Mai 1976 BGBI I S. 1121.

eine Muttergesellschaft als Konzerngesellschaft nicht "Mitverpflichtete" i.S. des § 18 Satz 2 KWG sein kann. Das Bundesaufsichtsamt hält an dieser Auffassung ausdrücklich fest, da es sich nicht auf die Prüfung von Haftungserklärungen, insbesondere Patronatserklärungen, zur Feststellung einer Mithaft i.S. der KWG-Vorschrift einlassen will¹⁾.

Insofern kann die Bank nicht von einer Überprüfung der Bonität der Tochtergesellschaft entbunden werden und muß eine Patronatserklärung mit besonderer Vorsicht würdigen. Blindes Vertrauen kann jedenfalls nicht geschützt werden²⁾.

Ein Schadensersatzanspruch würde sich auf das negative Interesse richten, d.h. die Bank wäre so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn ihr die unrichtige oder unvollständige Auskunft nicht erteilt worden wäre³⁾.

Bei der Erteilung einer wesentlich falschen Auskunft kann neben vertraglicher Haftung auch die Haftung aus unerlaubter Handlung nach § 826 BGB in Betracht kommen, wenn eine vorsätzliche Schädigung

- 1) Schreiben des Bundesaufsichtsamtes vom 10. März 1981 an den Bundesverband deutscher Banken e.V.;
Consruch-Möller-Bähre-Schneider "Kreditwesengesetz"
Nr. 4.180 dto.
- 2) Gerth aaO. 2. Aufl. S. 123/124 zur Bonitätserklärung der Muttergesellschaft;
Bordt aaO. Die Wirtschaftsprüfung 1975, 285 (294);
- 3) Palandt-Thomas aaO. § 676 Anm. 3 c;
Canaris aaO. Anhang nach § 357 Anm. 52;
BGH vom 17.4.1958 WM 1958, 1081; ferner Fußnote 1 S. 59.

in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorliegt¹⁾.

bb) Vertrauenshaftung

Wo Vertrauenshaftung Platz greift, liegt nach gewichtiger Meinung in der Literatur im Grunde kein Auskunftsvertrag vor, sondern ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht²⁾, aber mit konkreten in § 242 BGB wurzelnden

- 1) (unter Anknüpfung an das Recht des "Tatortes" Palandt EGBGB 12 Anm. 1);
Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 7;
Palandt-Thomas aaO. § 826 Anm. 8 c);
BGH vom 18.1.1972 Der Betrieb 1972 S. 676;
BGH vom 28.6.1966 WM 1966,1150;
BGH vom 25.10.1966 WM 1966,2020;
OLG Hamburg vom 23.2.1973 (bestätigt durch Beschluß des BGH vom 17.5.1975) WM 1975,703;
BGH vom 20.2.1979 NJW 1979,599;
RGZ vom 18.10.1917, 91,80.

- 2) Canaris aaO. Anhang nach § 357 HGB Anm. 10;
Larenz aaO. S. 333;
Siegbert Lammel "Zur Auskunftshaftung" Archiv für die civilistische Praxis" Band 179 S. 337 (364 - 366);
Soergel-Siebert § 242 BGB Rn. 92.

Die Rechtsprechung lehnt die Falllösung einer auskunftsbezogenen Vertrauenshaftung, so wie sie von den vorgenannten Autoren verstanden wird, im Sinne einer Haftung auf Grund eines Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht (vgl. die obigen Ausführungen) ab und hält an der "im geltenden Rechtssystem bewußt gezogenen Grenze zwischen vertraglichem und deliktischem Bereich" fest. Sie geht vom stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrag oder der culpa in contrahendo aus, vgl. die Falllösung S. 57 und BGH vom 14.5.1974 NJW 1974,1503 (1504 r.Sp.) und OLG Düsseldorf vom 14.7.1981 WM 1981,960 (966). Von Vertrauenshaftung spricht man ferner in bezug auf die Haftung des Herstellers eines Produkts gegenüber dem Verbraucher wegen des ihm entgegengebrachten "Warenvertrauens" (Vertrauen des Abnehmers in die einwandfreie Beschaffenheit und daher auch in die Ungefährlichkeit der Ware), so Larenz aaO. S. 76. Canaris nimmt hier ebenfalls ein gesetzliches Schuldverhältnis an, das bei schuldhafter Verletzung von Schutzpflichten nach den Grundsätzen der Vertragshaftung zu behandeln ist. Der BGH beurteilt die Haftung des Warenherstellers gegenüber einem durch die Ware Geschädigten demgegenüber allein nach Deliktsrecht, vgl. Larenz aaO. S.76,77.

Verhaltenspflichten¹⁾. Dabei wird an den rechtsgeschäftlichen Kontakt (als eine wesentliche Voraussetzung) angeknüpft²⁾, der bezogen auf eine Patronatserklärung unter aa) S.55 bereits behandelt worden ist. Maßgebend ist

- 1) Canaris aaO. Anhang nach § 357 Anm. 9: "Der innere Grund für die Annahme dieses Rechtsverhältnisses und für die daraus folgende Haftungsverschärfung liegt in der gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des anderen Teils und dem damit verbundenen besonderen Vertrauensverhältnis."
- Canaris aaO. Anhang nach § 357 Anm. 48, in Fortbildung der Regeln über die culpa in contrahendo;
Rümker aaO. WM 1974,990 (993) zu Beispiel Nr. 4.
- 2) Canaris aaO. Anhang nach § 357 Anm. 49;
Lammel - wie vor - sieht einen wesentlichen Ansatzpunkt für eine Auskunftshaftung i.S. einer Vertrauenshaftung darin, daß eine Auskunft oder "ein Rat etc. auf berufsbezogenem Gebiet erteilt wurde und diese Auskunft bzw. dieser Rat das in die berufsspezifische Sachkunde legitimerweise gesetzte Vertrauen infolge mangelhafter Überprüfung der Grundlagen enttäuschte". Den gesetzlichen Charakter der Haftung entnimmt er der Tatsache, daß "die Voraussetzungen für die haftungsbegründende Berufsausübung weitgehend vom Gesetz festgelegt sind" - etwa durch die gesetzliche Regelung der Bankgeschäfte im Kreditwesengesetz oder durch die öffentliche Bestellung von Steuerberatern oder Steuerbevollmächtigten und ähnlichen Berufsträgern. Dieses berufsspezifische Merkmal liesse sich zwar auf den Fall der Auskunft einer Muttergesellschaft in einer Patronatserklärung oder anläßlich einer Patronatserklärung nicht vollständig übertragen. Statt berufsspezifischer Sachkunde wirbt die Muttergesellschaft mit ihrem "standing" und ggfs. auch mit ihrer branchenspezifischen Sachkunde. Ein solches "Rollverhalten" (Lammel aaO. S. 361) erscheint aber durchaus vergleichbar.

insoweit die "besondere persönliche Vertrauenswerbung" des in Anspruch Genommenen¹⁾.

Art und Umfang der zu erfüllenden Verhaltenspflichten sind von der jeweiligen Situation abhängig und nicht schematisch festlegbar. Eine der wichtigsten Verhaltenspflichten ist die Auskunftspflicht. Insofern kann auf die Ausführungen auf S. 54 ff verwiesen werden.

cc) Rechtsscheinhaftung

Die Lehre vom Rechtsschein ist allgemein im Zusammenhang z.B. mit der Lehre von der "Scheingesellschaft" entwickelt worden. Die Lehre besagt im wesentlichen, daß "die Gesellschafter, die durch ihr Auftreten im Rechtsverkehr den Anschein geschaffen haben, als bestehe unter ihnen ein gültiges Gesellschaftsverhältnis, sich dem vertrauenden Dritten gegenüber, der mit ihnen als Gesellschaftern einen Vertrag geschlossen hat, so behandeln lassen müssen, als sei das Gesellschaftsverhältnis rechtsgültig"²⁾.

- 1) Vgl. Fußnote 2) Seite 64 und Ulrich Müller "Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung" NJW 1969, 2169; zur Haftung aus Vertrauen "wenn die Muttergesellschaft (Bank) bei Dritten (Einlegern) den Eindruck erweckt hätte, sie werde notfalls jedem Einleger persönlich geradestehen" OLG Frankfurt vom 18.1.1979, 1 U 227/77; 2/1307/76 - und BAG vom 8.3.1977 AG 1977, 321 i.V. LAG Baden-Württemberg vom 3.11.1978 5 Sa 127/78, 1 Ga 485/73 HN; in beiden Fällen wurde eine Vertrauenshaftung von der Sache her verneint.
- 2) So Larenz aaO. S. 411; Palandt aaO. § 705 Anm. 3 d); Baumbach-Duden aaO. § 105 HGB Anm. 8; RG vom 13.10.1933 RGZ 142, 98 (105); RG vom 18.9.1934 RGZ 145, 155 (158).

Später ist die Lehre auch auf die unveränderte Firmenfortführung und die Rechtsstellung eines persönlich haftenden Gesellschafters nach Umwandlung z.B. einer OHG in eine GmbH & Co. KG angewandt worden. Speziell für die Anwendung im Zusammenhang mit der zuletzt genannten Fallgestaltung war Voraussetzung, daß der Dritte die Umwandlung der Gesellschaft und damit die Haftungsbeschränkung des mit ihm verhandelnden persönlich haftenden Gesellschafters nicht erkennen konnte und keine Anzeichen für eine grundlegende Änderung der Rechtsverhältnisse ersichtlich waren¹⁾.

Bei Abgabe der Patronatserklärungen Nr. 1 bis 5 und 7 erweckt die Muttergesellschaft normalerweise nicht den Anschein, daß sie für den Kredit einstehen und der Bank etwa als Garant haften wolle. Sie erweckt also nicht Vertrauen in ihre Garantenstellung, wohl aber, wie auf Seite S.54 dargelegt, Vertrauen in die Richtigkeit ihrer jeweiligen Auskunft. Die Lehre vom Rechtsschein kann daher auf die vorgenannten Patronatserklärungen keine Anwendung finden²⁾. Die Patronatserklärung Nr. 6, mit der die Muttergesellschaft eine garantieähnliche Haftung eingeht, stellt im wesentlichen ebenfalls keinen Fall der "Haftung aus Rechtsschein" dar.

- 1) Schulte "Rechtsprechungsübersicht zum Trennungsprinzip bei juristischen Personen", Sonderbeilage Nr. 1/1979 zur WM Nr. 11 vom 17.3.1979 S. 5;
BGH vom 26.11.1979 DB 1980,391;
Gerth aaO. 2. Aufl. S. 40;
Mosch verweist wegen der Entwicklung dieser Lehre auf die Haftung des hinter einer Kapitalgesellschaft stehenden Gesellschafters für das bei einem Dritten geweckte Vertrauen. Dieser Fall dürfte aber eher der sog. Durchgriffshaftung zugeordnet werden. Vgl. S. 67; - Mosch aaO. S. 45;
Geigy-Werthemann hält das Beispiel Nr. 4 für geeignet, den "Rechtsschein einer Garantie" der Muttergesellschaft zu erzeugen
Geigy-Werthemann aaO. S. 33 ff;
(zur Rechtsscheinhaftung im übrigen z.B. bei Scheckbegebung OLG Frankfurt vom 13.1.1981, DB 1981,1513).
- 2) U.a. Mosch aaO. S. 46;
Bordt aaO. Die Wirtschaftsprüfung S. 285 (293).

dd) Durchgriffshaftung

Mit der Durchgriffshaftung wird in besonders gelagerten Einzelfällen die grundsätzlich bestehende Trennung zwischen selbständigen (juristischen) Personen bzw. dem Gesellschaftsvermögen und dem Vermögen eines Gesellschafters aufgegeben¹⁾. Die Durchgriffshaftung wird vor allem angenommen, wenn es sich um eine Einmann-Gesellschaft handelt und - schlagwortartig ausgedrückt - Sphärenvermischung, Unterkapitalisierung oder Formenmißbrauch vorliegen²⁾. Das Reichsgericht³⁾ hat die

- 1) Rehbinders "Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht" 1960 S. 85ff (103 ff);

Schanze "Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung" 1975 S. 109ff, Besprechung dazu Peter Ulmer ZHR 143. Bd. 1979;

Mertens, Hans-Joachim, in GmbHG-Großkommentar/Hachenburg § 13 Anhang I Anm. 37;

Rehbinders in Festschrift für

Robert Fischer 1979 "Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht" S. 579 ff;

Georg Kuhn in Festschrift für Robert Fischer 1979 "Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich?" S. 351 ff;

Coing "Zum Problem des sog. Durchgriffs bei

juristischen Personen" NJW 1977 S. 1793 ff;

Kuhn "Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH" "WM 1978, 598 (600);

Haberlandt "Zur Problematik der Durchgriffshaftung", Identität und Durchgriff BB 1980, 847;

u.a. Geigy-Werthemann aaO. S. 22;

Gerth aaO. S. 45 ff;

Drobnig "Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften" 1959 S. 24.

- 2) Schulte aaO. S. 6 ff;
zum Formenmißbrauch vgl. vor allem Kuhn aaO. S. 353 und die Übersicht über höchstrichterliche Entscheidungen S. 352 ff;
RGZ vom 22.6.1920 99, 232 (234);
BGHZ vom 29.11.1956 22, 226 (230);
Gerth aaO. S. 47.
- 3) RGZ vom 22.6.1920 99, 232 (234);
vgl. ferner BGH vom 29.11.1956 BGHZ 22, 226 (230).

Durchgriffshaftung angenommen, "wenn die Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen es dem Richter gebieten, die personen- und vermögensrechtliche Selbständigkeit der GmbH und ihres alleinigen Gesellschafters hintanzusetzen". Daß sich diese Betrachtungsweise ändern wird, ist mit Rücksicht auf die GmbH-Novelle vom 4. 7. 1980 (BGBl 1980 I S. 836, in Kraft seit dem 1. 1. 1981) nicht zu erwarten. Das GmbH-Gesetz sieht auch nach der Änderung keinen Tatbestand der Durchgriffshaftung im engeren Sinne vor, sondern legalisiert z.B. die Einmann-GmbH und verstärkt den Gläubigerschutz vor allem bei Gründung durch die Verpflichtung zur Mindesteinzahlung und Sicherstellung des restlichen Teils der Geldeinlage vor Anmeldung durch den alleinigen Gesellschafter¹⁾. Es regelt ferner nur den sog. "beschränkten Haftungsdurchgriff" im Sinne einer Unterordnung interner Forderungen²⁾ in den §§ 32 a und 32 b GmbHG, die auf S. 78 Fußnote 1) erwähnt wird.

Ergänzend sei auf die besondere Fallgestaltung des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) verwiesen, die zum Durchgriff führen kann³⁾.

- 1) § 7 Abs. 2 GmbHG;
Zaczyk "GmbH-Novelle und Durchgriffshaftung"
GmbH-Rundschau 1977 S. 175;
- 2) Deutsche Bank aaO. S. 104 ff Rn. 237 ff;
Drobnig aaO. S. 24 Nr. 3 i.V. S. 70;
- 3) Coing "Zum Problem des sog. Durchgriffs bei
juristischen Personen" NJW 1977, 1793 (1795);

In der Literatur und Rechtsprechung wird die Anwendung der Durchgriffshaftung auf den Konzern vereinzelt befürwortet, namentlich wenn die Muttergesellschaft durch Erklärungen nach außen (Patronats-erklärungen) gegenüber Gläubigern der Tochtergesellschaft den Anschein erweckt hat, daß sie für die Schulden eintreten wolle¹⁾. Wie oben dargelegt, ist dieser "Anschein" aber eher ein Indiz dafür, daß die Muttergesellschaft als Garant haften will²⁾.

In den übrigen Fällen ist nicht zu erkennen, daß die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft zur Aufnahme eines Kredits mißbraucht, den sie selber verwenden möchte. Ein solcher "Formen-mißbrauch" wird höchstens in Einzelfällen einmal gegeben sein.

Die Muttergesellschaft entzieht sich in diesem Zusammenhang auch nicht eigenen gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten durch Zwischenschaltung der Tochtergesellschaft³⁾. Man wird der Muttergesellschaft keine Schädigungsabsicht oder einen wirklichen Treueverstoß zur Last legen können. Die Muttergesellschaft legt im Gegenteil gerade die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse offen und überläßt die weitere Beurteilung der Bank. Eine Durchgriffshaftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeit ihrer Tochtergesellschaft kommt daher im allgemeinen nicht in Betracht.

- 1) Haberlandt aaO. B B 1980,847 (851); ablehnend LG Frankfurt vom 8.3.1977 AG 1977,321 ff, bejahend; BAG vom 23.2.1978 AG 1979,108, Scholz-Emmerich aaO. Anhang II, Rn.152.
- 2) namentlich im Beispiel Nr. 4 und Nr. 6, also je konkreter bzw. härter die Erklärung der Muttergesellschaft ist, vgl. S. 18/21. und Geigy-Werthemann aaO. S. 33.
- 3) Gerth aaO. 2. Aufl. S. 48, und ebenfalls im Ergebnis ablehnend - zum schweizerischen Recht - OLG Frankfurt vom 18.1.1979 1 U 227/77, 2/13 07/76 S. 43.

ee) Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 7

Erhält die Bank eine solche Patronatserklärung, so sind für die Beurteilung ihres Sicherheitenwertes zwei Ansatzpunkte maßgebend,

1. die Verpflichtung, den Unternehmensvertrag nicht aufheben, ändern oder anderweitig beenden zu wollen, und
2. die Prüfung des Inhalts des in Frage stehenden Unternehmensvertrages.

Wie auf Seite 47 erwähnt, handelt es sich primär um Unternehmensverträge im Sinne des Aktiengesetzes (§§ 291 ff Beherrschungsvertrag, Gewinnabführungsvertrag, die Gewinngemeinschaft, Teilgewinnabführungsvertrag, Betriebspachtvertrag oder Betriebsüberlassungsvertrag), sofern die sich verpflichtende "Untergesellschaft" eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist¹⁾, sowie um sog. Organschaftsverträge²⁾ mit einer Untergesellschaft anderer Rechtsform, insbesondere der GmbH.

Ein solcher Vertrag kann gemäß § 296 AktG nur zum Ende eines Geschäftsjahres, in anderen Fällen zu dem sonst vertraglich vereinbarten Termin aufgehoben oder gekündigt werden. Eine Kündigung aus

1) Großkomm. AktG 3. Aufl. 1975 IV. Bd. (Würdinger) §§ 291 ff Anm. 4;
Godin-Wilhelmi AktG 3. Aufl. 1967 § 291 ff und Vorbem. §§ 291 - 328 Anm. 7;

2) Scholz Komm. zum GmbH-Gesetz 6. Aufl. 1978 Anhang II (Konzernrecht) Emmerich Anm. 6 ff und 158 ff;
zur Organschaft: HWStR Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften L - Z 1972 S. 815ff.

wichtigem Grund ist gemäß § 297 AktG vorbehalten. Der Vertrag endet ferner¹⁾ bei ordentlicher Kündigung der "Untergesellschaft" mit Zustimmung der außenstehenden Aktionäre (§ 297 Abs. 2 Satz 1), gemäß § 307 AktG, bei bürgerlich rechtlicher Anfechtung und Nichtigkeit (str.), bei aktienrechtlicher Anfechtung des dem Unternehmensvertrag zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses, bei erfolgreicher Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes (§ 241 Nr. 1 - 4, § 249 Abs. 1 AktG), durch formwechselnde Umwandlung der Untergesellschaft (jedenfalls in eine andere Rechtsform als AG oder KGaA) (str.), durch Verschmelzung einer AG oder KGaA durch Aufnahme oder Neubildung (§§ 278 Abs. 3, 339, 346 Abs. 4 Satz 1, 353 Abs. 6 Satz 1, 354 AktG), i.V. § 5 UmwG und in gewissen Fallgestaltungen bei aktienrechtlicher Eingliederung (§§ 319 ff AktG).

Daher empfiehlt sich die Formulierung im Beispiel Nr. 7 "und im übrigen keine Tatbestände zu schaffen, welche kraft Gesetzes eine Beendigung des jeweiligen Unternehmensvertrages zur Folge haben würden"²⁾.

Die Bank sollte überdies die "Untergesellschaft" (Tochtergesellschaft) verpflichten, den Vertrag nicht zu kündigen oder zu beenden³⁾.

- 1) Gerth "Die Beendigung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages" BB 1978, 1497 ff; Obermüller "Unternehmensverträge als Sicherheit für Kredite an Tochtergesellschaften" Die Bank 10/1977 S. 36 ff Mosch aaO. S. 78 ff.
- 2) Gerth aaO. 2. Aufl. S. 200, 228 ff (229).
- 3) gemeint ist die ordentliche Kündigung, da die außerordentliche unbeschränkt ist, Gerth aaO. 2. Aufl. S. 229; Mosch aaO. S. 105.

Solange der Unternehmensvertrag besteht, hat die "Obergesellschaft" gemäß § 302 AktG einen entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen; die "Untergesellschaft" kann auf den Anspruch auf Ausgleich erst drei Jahre nach dem Tag, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrages in das Handelsregister nach § 10 HGB als bekanntgemacht gilt, verzichten oder sich über ihn vergleichen, § 302 Abs. 3 AktG. Die Bank hat demgemäß ein besonderes Interesse, die Beendigung zu verhindern.

Da der Ausgleichsanspruch erst bei Feststellung des Jahresabschlusses der Tochtergesellschaft fällig wird, kann es durchaus sein, daß die Tochtergesellschaft fällige Zahlungen während des Geschäftsjahres nicht ausgleicht und die Bank sich z.B. für eine Stundung ihrer Kreditforderung oder Prolongation des Kredits entscheiden muß, um die Zahlungseinstellung der Tochtergesellschaft zu verhindern. Dies wird sie nur tun, wenn sie darauf vertrauen kann, daß die Muttergesellschaft den Jahresfehlbetrag tatsächlich ausgleichen wird¹⁾.

Tritt die Tochtergesellschaft in Liquidation, so wird der Unternehmensvertrag grundsätzlich dadurch nicht beendet²⁾. Die Bank müßte aber Gewißheit haben, daß die Muttergesellschaft auch für das zu bilanzierende Rumpfgeschäftsjahr den entsprechenden Fehlbetrag ausgleicht. Da diese Pflicht vor allem bezogen auf

1) Obermüller "Unternehmensverträge als Sicherheit für Kredite an Tochtergesellschaften" Die Bank 1977 Nr. 10 S. 36 ff (37).

2) Obermüller aaO. Die Bank 1977 Nr. 10 S. 37; Gerth aaO. 2. Aufl. S. 224/225.

einen Organschaftsvertrag nicht unbestritten ist, sollte eine entsprechende Verpflichtung in die Patronatserklärung aufgenommen werden¹⁾. Ferner ist umstritten, ob die Muttergesellschaft auch den während der Abwicklung entstehenden Verlust zu tragen hat. Demgemäß sollten Abwicklungsverluste ausdrücklich einbezogen werden²⁾. Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, daß die etwaige Pfändung des Ausgleichsanspruchs der Tochtergesellschaft durch einen Gläubiger wegen §§ 851 Abs. 1 ZPO i.V. mit § 399 BGB auf Schwierigkeiten stößt. Vorzuziehen wäre die Pfändung des Anspruchs durch alle Gläubiger³⁾.

Kommt § 303 AktG (unmittelbar oder durch ausdrücklichen Verweis analog in den Fällen des Organschaftsvertrages) zur Anwendung, so hat die Bank, wie unter Abschnitt c) S. 48/53 erwähnt, unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Sicherstellung, und zwar ggfs. durch Bürgschaft (ohne Ausschluß der Einrede der Vorausklage, § 303 Abs. 3 AktG)⁴⁾.

- 1) Obermüller aaO. Die Bank 1977 Nr. 10 S. 38 1.Sp.; Scholz aaO. Rn. 195; Peltzer aaO. AG 1975,309 (311) zur AG als Untergesellschaft, Peltzer lehnt die automatische Übernahme des Fehlbetrages für ein Rumpfgeschäftsjahr ab.
- 2) Obermüller aaO. Die Bank 1977 Nr. 10 S. 38; Peltzer aaO. AG 1975,309 (311/312); Gerth aaO. 2. Aufl. S. 224/225; Rümker aaO. WM 1974,990 (995); Mosch aaO. S. 81 zum Streit und S. 83, der - ohne den o.g. Zusatz - die Verlustübernahmepflicht entfallen läßt und damit für das Aktienrecht und die Organschaft im übrigen zu dem gleichen Ergebnis kommt.
- 3) Obermüller aaO. Die Bank 1977 Nr. 10 S. 37.
- 4) Die Geltung des § 303 AktG allein macht die Patronatserklärung aus den obengenannten Gründen nicht entbehrlich so Gerth aaO. 2. Aufl. S. 200 gegen Stecher aaO. S. 12; kritisch zur Gläubigersicherung gemäß § 303 AktG: van Venrooy "Probleme der Gläubigersicherung nach § 303 AktG" BB 1981,1003 (insbesondere zur Einrede der Vorausklage S. 1006).

Nach einer Patronatserklärung im Sinne des Beispiels Nr. 7 ist eine Muttergesellschaft insgesamt somit stärker gebunden als nach dem Unternehmensvertrag (bzw. Organschaftsvertrag) allein. Verstoßt sie dagegen und ist ihr Verstoß kausal für den der Bank entstandenen Schaden im Zusammenhang mit der Nichtrückzahlung des Kredits, so hat die Bank Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (gemäß § 280 Abs. 1 BGB)¹⁾.

Wird die Patronatserklärung in bezug auf eine GmbH als Untergesellschaft ergänzt durch die analoge Anwendung des § 303 AktG, so präzisiert sich oben-
drein der Zeitpunkt für das Verlangen der Bank auf Sicherstellung²⁾.

3. Ein weiteres Risiko im Zusammenhang mit Patronatserklärungen

Obwohl "harte" Patronatserklärungen grundsätzlich in der Bilanz der Muttergesellschaft zu erwähnen sind³⁾, ist nicht ausgeschlossen, daß eine Muttergesellschaft eine derartige Patronatserklärung (mit Rücksicht auf ihr "Kreditstanding") wider Erwarten nicht vermerkt. Des weiteren könnte sie in "Grenzfällen" von einem Vermerk absehen, wenn sie die Erklärung nicht als Gewährleistungsverbindlichkeit auffaßt. Nimmt die

- 1) Gerth aaO. 2. Aufl. S. 217 ff;
Rümker aaO. WM 1974, 990 (995 1.Sp.).
- 2) Obermüller aaO. Die Bank 1977 Nr. 10 S. 39;
Peltzer aaO. Die Aktiengesellschaft 1975, 309 (313).
- 3) Gemäß § 151 Abs. 5 Ziff. 3 AktG unter dem Bilanzstrich als Gewährleistungsverbindlichkeit und/oder im Geschäftsbericht gemäß § 160 Abs. 3 Ziff. 7 AktG;
U.a. Lwowski aaO. S. 47;
Hauptfachausschuß im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. Bank-Betrieb 1976, 362 ff.

Bank diese bilanzmäßige Behandlung durch die Muttergesellschaft hin¹⁾, so wirkt sie praktisch daran mit, daß den Gläubigern der Muttergesellschaft eine Verbindlichkeit unbekannt bleibt, die diese Gläubiger bei ihrer Kreditentscheidung ggfs. mitberücksichtigt hätten. Es ist daher zu untersuchen, inwieweit sich die Bank einer schadensersatzpflichtigen Gläubigergefährdung gemäß § 826 BGB schuldig macht²⁾. Voraussetzung ist, daß die Bank mit der Entgegennahme einer solchermaßen nicht vermerkten Patronatserklärung gegen die guten Sitten verstößt und die Schädigung vorhandener oder zukünftiger Gläubiger zumindest in Kauf nimmt³⁾. Ferner müßte ein Gläubiger der Muttergesellschaft wegen des Umfangs und der Undurchsichtigkeit der nicht vermerkten "Verbindlichkeit" zu Schaden gekommen sein. Gerade die Ursächlichkeit zwischen der Mitwirkung der Bank an der "Verschleierung" des Sachverhalts und dem Schaden wird im Einzelfall kaum nachweisbar sein. Außerdem liegt die Entscheidung über die Vermerk- und Berichtspflicht ausschließlich bei der Muttergesellschaft und nicht bei der Bank. Die Bank gibt der Muttergesellschaft auch in Grenzfällen vielfach zu verstehen, daß sie lieber eine

1) vorausgesetzt, daß sie überhaupt darauf Einfluß nehmen kann und eine Art "Garantenstellung" hat.

2) Schneider aaO. S. 16.
RG vom 19.10.1914 RGZ 85,343;
RG vom 9.4.1932 RGZ 136,247 (255);
RG vom 21.12.1933 RGZ 143,48 (52);
BGH vom 9.7.1953 BGHZ 10,228 (233);
BGH vom 20.12.1957 WM 1958,249 (252);
BGH vom 4.3.1958 WM 1958,590 (592);
BGH vom 22.1.1962 WM 1962,527 (529).

3) RG vom 21.12.1933 RGZ 143,48 (52);
BGH vom 12.12.1978 WM 1979,326;
BGH vom 22.1.1962 WM 1962,527 (529);
BGH vom 15.6.1962 WM 1962,962 (965);
BGH vom 20.1.1971 WM 1971,441 (442).

eindeutig "harte" Patronatserklärung entgegennehmen würde, die unbedingt in der Bilanz der Muttergesellschaft in Erscheinung treten müßte. Die Bank wirkt also nur unfreiwillig mit, ohne auf die Bilanzierung Einfluß nehmen zu können. Ferner fehlt es in jedem Fall an dem Vorsatz im Sinne des § 826 BGB.

Eine Haftung der Bank gemäß § 826 BGB ist also im Normalfall nicht gegeben.

4. Auswirkungen der "Verwertung" einer Patronatserklärung auf die Rechtsbeziehung zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft

Erhält die Bank Zahlung von der Muttergesellschaft, so geht sie normalerweise nicht der Frage nach, wie sich die Muttergesellschaft ihrerseits bei der Tochtergesellschaft erholt¹⁾. Die Muttergesellschaft hat aber gegebenenfalls Interesse an dem Erwerb der Forderung der Bank gegen die Tochtergesellschaft aus dem Kreditverhältnis. Soll sie also Zahlung leisten, so wird sie u.U. nur Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung der Kreditforderung leisten wollen. Die Bank wäre ihrerseits zur Abtretung zwar nicht ausdrücklich verpflichtet, wäre aber auch rechtlich nicht daran gehindert, die Kreditforderung abzutreten, es sei denn, daß der Anspruch bereits

- 1) Anders nur, wenn sie selbst als Muttergesellschaft aus einer Patronatserklärung in Anspruch genommen worden ist.

Handelt die Muttergesellschaft im Auftrag der Tochtergesellschaft, so hat sie, wenn sie direkt Zahlung an die Bank leistet, gegenüber der Tochtergesellschaft Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen nach § 670 BGB. Liegt dagegen kein Auftrag vor, wird man Geschäftsführung ohne Auftrag annehmen dürfen, wonach ein Ersatzanspruch nach den §§ 683, 670 BGB gegeben ist (jedenfalls bei Erfüllung eines fälligen Kredits, so Mosch aaO. S. 137, anders bei Widerspruch der Tochtergesellschaft oder bei vorzeitiger Tilgung des Kredits, wofür ein Ausgleichsanspruch nach § 684 BGB gegeben sein soll, Mosch ebenda); bejahend und überzeugend auch Gerth aaO. 2. Aufl. S. 151;

a.A. Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 31, der in der Zahlung der Muttergesellschaft an die Bank die Erfüllung eines eigenen Geschäfts sieht und GoA ablehnt, desgleichen einen Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB verneint; im Ergebnis ebenso Stecher aaO. S. 137 und 143/144 mit anderer Begründung zur Ablehnung der GoA (§ 683 BGB und/oder § 684 BGB) und Bereicherung i.S. § 812 BGB; zu § 683 BGB im übrigen Palandt-Thomas aaO. § 683 Anm. 2 BGH vom 14.6.1976 WM 1976,1056 (1059).

kraft Gesetzes auf die Muttergesellschaft bei Zahlung übergegangen ist. Zur Abrundung soll daher der Rechtsübergang nachstehend geprüft werden.

Wie auf S. 17 ff dargelegt, sind die Patronatserklärungen bis auf das Beispiel Nr. 6 weder bürgschafts- noch garantieähnlich. Die Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 wird der atypischen Garantie zugeordnet. Sie ist nicht akzessorisch, so daß § 774 BGB (der den gesetzlichen Forderungsübergang auf den Bürgen normiert) weder unmittelbar noch analog Anwendung findet. Die Bank kann daher der Muttergesellschaft diesen Anspruch nur durch Forderungsabtretung verschaffen¹⁾. Im Zusammenhang mit der Garantie

- 1) Handelt es sich bei der Tochtergesellschaft um eine GmbH, kann die Muttergesellschaft den Anspruch der Bank u.U. nur beschränkt in Höhe des Ausfalls i.S. des neuen § 32 a GmbHG erwerben. - Nach § 32 a Abs. 2 GmbHG kann ein Dritter, der der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, stattdessen ein Darlehen gewährt gegen Sicherstellung durch einen Gesellschafter, nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherung (oder des Bürgen) ausgefallen ist (Abs. 3 bezieht sinn-gemäße Rechtshandlungen des Gesellschafters und Dritten ein). - Sie kann ihn aber mit Rücksicht auf den Sinn der Regelungen in § 32 a und b nicht geltend machen. So Deutsche Bank aaO. S. 116 Rn. 269: "Die Generalklausel in § 32 a Abs. 3 GmbHG, mit der den Gesellschafterdarlehen vergleichbare Fälle erfaßt werden sollen, und insbesondere die nachstehend noch zu behandelnde Bestimmung über Rückzahlungspflichten des Gesellschafters bei der Gewährung kapitaleretzender Kredite durch Dritte (§ 32 b GmbHG) machen vielmehr deutlich, daß auch die wirtschaftlichen Folgen eines mittelbaren Gesellschafterdarlehens mit kapitaleretzender Funktion in erster Linie von den Gesellschaftern getragen werden sollen. Deshalb kann im Hinblick auf den Rangrücktritt bei den Rückgriffsforderungen des Gesellschafters nach Befriedigung eines Dritten nichts anderes als bei den Ansprüchen auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens gelten." Sinngemäß gilt dies nach dem neuen durch die Novelle eingeführten § 129 a HGB für die OHG, an der weder unmittelbar noch mittelbar eine natürliche Person als Gesellschafter beteiligt ist, und nach § 172 a HGB für die KG, bei der keine natürliche Person - unmittelbar oder mittelbar - als Komplementär haftet. (Deutsche Bank aaO. S. 154 Rn. 372 ff)

wird zwar in der Literatur vereinzelt die analoge Anwendung des § 774 BGB befürwortet (u.a. wegen des möglichen Erwerbs von akzessorischen Sicherheiten bei Forderungsübergang)¹⁾. Diese Meinung hat sich aber noch nicht durchgesetzt und ist aus den nachstehend aufgeführten Gründen bei einer Patronatserklärung auch nicht interessengerecht. Legt die Muttergesellschaft Wert auf den Erwerb dieses Anspruchs, sollte sie besser sichergehen und sich diesen Anspruch abtreten lassen²⁾.

Forderungsabtretung und Legalzession unter dem Aspekt des internationalen Privatrechts

Bekanntlich richtet sich bei der Legalzession z.B. im Bürgschaftsrecht der Forderungsübergang der Hauptforderung (hier Kreditforderung) vom alten auf den neuen Gläubiger (= Bürgen) nach dem Recht, dem die Bürgschaft unterliegt, also nach dem sogenannten

- 1) und Insolvenz des befriedigten Gläubigers - so Kegel aaO. S. 324;
zur Garantie: Pleyer aaO. S. 21.
- 2) so Pleyer zur Garantie aaO. S. 21 1. Sp."
nach Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 30 hat sie
darauf Anspruch analog § 255 BGB.

Zessionsgrundstatut¹⁾). Insofern unterscheidet sich die Legalzession von der Forderungsabtretung, die sich nach herrschender Meinung nach dem für die abgetretene Forderung maßgebenden Recht richtet (und zwar die Möglichkeit der Abtretung, die Art und Weise

- 1) Palandt-Heldrich 40. Aufl. 1981 Vorbem. EGBGB 12 (IPR) Anm. 5 c;
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 598;
RGZ vom 23.4.1903, 54, 314 ff: "Insbesondere richtet sich nach dem Recht des Bürgschaftsvertrages die Einrede der Vorausklage und der Anspruch des Bürgen auf Cession der Hauptforderung. Was aber von dem Anspruch des Bürgen auf Abtretung der Hauptforderung (beneficium cedendarum actionum) gilt, muß ebenso gelten, wenn das Gesetz selbst mit der Zahlung des Bürgen die Wirkung des Übergangs der getilgten Hauptforderung auf ihn verbindet";
BGH vom 26.4.1966 NJW 1966, 1620, der die Streitfrage offenläßt und Legalzession nach ausländischem Recht anerkennt, da im Streitfall der ausländische Rechtszustand dem deutschen, inländischen entsprach. -
Das für die übergehende Forderung maßgebende Recht soll über den Schuldnerschutz entscheiden, so Palandt aaO. siehe oben,
Kegel aaO. S. 325;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 403 und 179 ff berücksichtigt das Wohnsitzrecht des Schuldners. Steht dies der Legalzession entgegen, hat der Bürge Anspruch auf Forderungsabtretung.
ebenso Raape: "Internationales Privatrecht" 5. Aufl. 1961 S. 524 ff,
ferner Soergel-Kegel 9. Aufl. 1961 Vor Art. 7 EGBGB Rn. 254,
Kegel gibt aber diese Auffassung in Kegel aaO. in der 4. Aufl. S. 325 ausdrücklich auf;
Wengler aaO. S. 658 hält die Frage für unproblematisch, "wenn sowohl das Schuldstatut als auch das Recht, das die Beziehungen zwischen Gläubiger und Drittem regelt, eine solche Surrogation vorsehen bzw. wenn das Privatrecht, welches die vom Schuldner nicht beglichene Forderung beherrscht, versichert, daß der zahlende Dritte von dem Gläubiger vor oder nach der Zahlung die Abtretung der Forderung verlangen kann". (Im übrigen sucht er nach Billigkeitslösungen.)
a.A. z.B. Wussow siehe S. 82 Fußnote 1),
im Ergebnis ihm folgend Gitter ebenda Fußnote 2).

ihrer Vornahme, eine etwaige Schuldnerbenachrichtigung u.ä.)¹⁾.

Liesse man also eine Legalzession analog den Bürgschaftsvorschriften im Zusammenhang mit der Patronatsklärung zu, und unterläge der Kreditvertrag, nicht aber die Patronatsklärung deutschem Recht, so würde sich die Legalzession nach dem fremden Recht der Patronatsklärung richten. Darf die Muttergesellschaft von der Anwendbarkeit ihres Heimatrechts ausgehen (s. die Ausführungen auf S. 188), so könnte sie den Rechtsübergang mühelos feststellen. Unterläge die Patronatsklärung dagegen einem ihr fremden Recht, so müßte sie sich fragen, ob sie die Forderung von der Bank durch Legalzession oder Abtretung rechtswirksam erworben hat und in der Lage ist, diese Forderung ihrerseits gegenüber der Tochtergesellschaft geltend zu machen (was nicht zuletzt aus Beweisgründen insbesondere bei der Rechtsverfolgung gegenüber der Tochtergesellschaft mit Sitz in einem weiteren ausländischen Staat bedeutsam sein kann).

Daß materiellrechtlich gesehen die Bestimmung des Zeitpunkts des Forderungsübergangs Schwierigkeiten bereitet, wenn die Muttergesellschaft ihrer Ausstattungsverpflichtung nicht dadurch nachkommt, daß sie unmittelbar an die Bank zahlt, sondern die Tochtergesellschaft auf andere Weise ausstattet, sei am Rande erwähnt.

- 1) Palandt-Heldrich 40. Aufl. 1981 Vorbem. vor EGBGB (IPR) Anm. 5 c);
Kegel aaO. S. 323/4;
Soergel-Kegel aaO. Vor Art. 7 Rn. 250 ff;
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 597;
BGH vom 28.10.1957 WM 1957,1574 (1575);
RGZ vom 19.3.1907 65,357 (358);
Schütze "Kollisionsrechtliche Probleme der Forfaitierung von Exportforderungen" WM 1979,962 (963);
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 168 ff;
Raape aaO. § 47 I S. 506.

Die Tochtergesellschaft hätte sich ihrerseits bei Inanspruchnahme durch den neuen Gläubiger (die Muttergesellschaft) zu fragen, ob sie an diese zuverlässig mit befreiender Wirkung Kreditrückzahlungen leisten könnte. Es wird ihr schwerfallen, die Rechtswirksamkeit des Forderungsübergangs nach dem ihr fremden Recht nachzuvollziehen. Immerhin hatte sie keinen Einfluß auf die Wahl des Rechts der Patronatserklärung. Nur im Rahmen des Kreditvertrages hatte sie sich auf das dafür geltende (z.B. deutsche) Recht einstellen können und muß damit rechnen, daß sich Veränderungen in bezug auf die Kreditforderung (z.B. Erfüllung, Erlaß, Stundung, Abtretung u.ä.) nach diesem Recht richten.

Auf den Schuldnerschutz wird in der Literatur insbesondere im Zusammenhang mit der Legalzession im Versicherungs- und Unfallrecht verwiesen und die Frage aufgeworfen, warum bei einer solchen Legalzession eine andere Behandlung als bei der Forderungsabtretung geboten sein sollte¹⁾. Dem wird entgegengehalten, daß dem Schuldner das Recht der Hinterlegung zustehe²⁾. Es wird jedoch nicht ausgeführt, wie der Schuldner sich davor schützt, etwa nicht an der richtigen Stelle zu hinterlegen (§ 374 Abs. 1 BGB). Ist ausnahmsweise Leistungsort sein ausländischer Sitz, mögen noch örtliche Schwierigkeiten hinzukommen.

1) Wussow "Die Legalzession im internationalen Privatrecht" NJW 1964, 2325 (2327 a.E.).

2) Gitter "Haftungsausschluß und gesetzlicher Forderungsübergang bei Arbeitsunfällen im Ausland" NJW 1965 S. 1108 (1111).

Die zweite Fassung des EG-Entwurfs¹⁾ vom Juni 1980 hat sich in Art. 13 ebenfalls für das Zessionsgrundstatut bei gesetzlichem Forderungsübergang entschieden. Der Schweizer Gesetzentwurf in der Fassung vom 24. 2. 1978 zum IPR-Gesetz²⁾ sieht desgleichen in Art. 144 vor, daß der gesetzliche Übergang einer Forderung dem Recht des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zwischen altem und neuen Gläubiger unterliegt. Nur wenn ein solches fehlt, untersteht er dem Recht der Forderung. Damit ist der dem § 268 BGB vergleichbare Art. 110 OR gemeint, wonach ein Dritter, der eine Verbindlichkeit ohne Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger für den Schuldner erfüllt, durch Subrogation die Rechte des alten Gläubigers erwirbt³⁾. Nach dem Begleitbericht von Vischer und Volken⁴⁾ entspricht diese Regelung dem von der Abtretung einer Forderung sich unterscheidenden Wesen einer Legalzession, die die Erfüllung eines vertraglichen Abtretungsanspruchs ersetzt und den Zweck hat, schützenswerte Interessen des Zessionars zu wahren. Vorbehalten bleiben lediglich die Bestimmungen des Rechts der Forderung, die den Schuldner schützen, so daß er durch den Gläubigerwechsel, auf den er keinen Einfluß hat, seine rechtliche Stellung nicht verschlechtert (Art. 144 S. 2 des Entwurfs). Diese Begründung überzeugt.

1) Vgl. S. 142.

2) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Gesetzentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht, vgl. auch S. 163.

3) Art. 110 OR geht jedoch insofern über § 268 Abs. 3 BGB hinaus als die "Subrogation" auch eintritt, wenn der Schuldner dem Gläubiger anzeigt, daß der Zahlende an die Stelle des Gläubigers treten soll
Guhl "Das Schweizerische Obligationenrecht"
6. Aufl. 1972 S. 246/47.

4) S. 163 Fußnote 1)
und S. 156/157 des genannten Berichts.

Im Ergebnis lassen die obigen teils rechtlichen, teils praktischen Überlegungen eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Legalzession des Bürgschaftsrechts auf eine Patronatserklärung nicht wünschenswert erscheinen. Die Muttergesellschaft ist nicht bessergestellt¹⁾, wenn sie die Kreditforderung nach dem für ihre Patronatserklärung geltenden Recht kraft Gesetzes erwirbt. Die Tochtergesellschaft kann eine F o r d e r u n g s - a b t r e t u n g besser nachvollziehen und der Bank ist es zumutbar, die Kreditforderung auf Wunsch auf die Muttergesellschaft gesondert zu übertragen.

1) Der Übergang akzessorischer Sicherheiten spielt in den überwiegenden Fällen keine Rolle, da solche Sicherheiten meist fehlen, vgl. S. 3.

2. Letter of approval, wonach die Muttergesellschaft die Aufnahme des Kredits durch die Tochtergesellschaft billigt.
3. Letter of intent, wonach die Muttergesellschaft ihre Absicht erklärt, ihr gesellschaftsrechtliches Verhältnis zur Tochtergesellschaft aufrechtzuerhalten.
4. Letter of responsibility mit der Erklärung, eine bestimmte Geschäftspolitik verfolgt zu haben ("It has always been our policy to ensure that our subsidiaries meet their financial obligations when due") oder bestimmte Maßnahmen zu ergreifen ("to exercise our influence on our subsidiary so that the subsidiary meets its financial obligations"),
5. eine Erklärung (undertaking), wonach die Muttergesellschaft folgendes versichert: "We ensure that our subsidiary meets its financial obligations" oder verspricht: "to provide its subsidiary with the financial means to meet its obligations".

Die Wahl einer Patronatserklärung wird von englischen Juristen in erster Linie damit erklärt, daß die Muttergesellschaft bestrebt ist, ihre Bilanz davon freizuhalten und ihren eigenen finanziellen Spielraum nicht zu beschränken. Im Einzelfall kann die Muttergesellschaft

Patronatserklärung - zur Zeit voll Rechnung tragen kann und insoweit besserstehen dürfte als eine deutsche Muttergesellschaft.

III. Die Patronatserklärung nach englischem materiellen Recht

1. Rechtsnatur und Rechtsfolgen

Im Rechtsverkehr mit englischen Firmen werden von deutschen Banken neben Bürgschaften und Garantien häufig auch Patronatserklärungen hereingenommen. Sie werden allgemein als letter of responsibility bezeichnet.

Inhaltlich unterscheiden sie sich wenig von den Erklärungen, die in der deutschen (und schweizerischen) Praxis zu finden sind. Im wesentlichen sind in der englischen Bankpraxis folgende Erklärungen bekannt¹⁾:

1. Der sogenannte letter of awareness, in dem die Muttergesellschaft lediglich erklärt, daß sie von der Kreditaufnahme durch die Tochtergesellschaft Kenntnis nehme.

1) British Bankers Association Schreiben vom 22.1.1979, die obendrein darauf verweisen, daß ihres Wissens kein Rechtsstreit darüber anhängig gewesen sei. Smart aaO. anläßlich der Conference Atlanta 1977; Smart ist in wesentlichen Teilen auch in deutscher Sprache wiedergegeben von Gerth aaO. 2. Aufl. Länderbericht: England S. 366 ff.

den Gläubigerschutz eine sog. unechte Lücke, die im Wege der Gesetzgebung zu schliessen wäre¹⁾. Folglich mißt er der "Umgehung" der Ausweispflicht ähnlich wie andere Autoren keine Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Patronatserklärung (auch nicht der starken Patronatserklärung gemäß Beispiel 2) zu. Eine Patronatserklärung verstößt also grundsätzlich nicht gegen Art. 670 Abs. 1 O R im Sinne einer Verbotsnorm. Sie ist vielmehr nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit erlaubt. Sie stellt auch kein simuliertes Geschäft (Scheingeschäft) im Sinne des Art. 18 OR dar oder ein dissimuliertes Rechtsgeschäft, das etwa einen ausweispflichtigen Garantievertrag verdecken soll²⁾.

Daß die Vorschrift des Art. 670 Abs. 1 OR als zu eng gefaßt empfunden wird und eine Neuformulierung anläßlich der Revisionsbestrebungen einer Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts u.a. zur Verbesserung der Informationen über den Geschäftsgang und die Vermögens- und Ertragslage der Aktiengesellschaft empfohlen wird, sei der Vollständigkeit halber angemerkt³⁾.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, daß eine Schweizer Muttergesellschaft ihren bilanzoptischen Erwägungen - auch bei Abgabe einer starken bzw. harten

1) Altenburger aaO. S. 148 ff (154/155).

2) Altenburger aaO. S. 22 ff;
Guhl aaO. S. 129 ff.

3) Altenburger aaO. S. 152/153.

beeinträchtigende (Bilanz)-Ausweispflicht zu umgehen¹⁾." Bilanziert die Muttergesellschaft nämlich nach aktienrechtlichen Grundsätzen, so muß sie gemäß Art. 670 OR "Bürgschaften, Garantieverpflichtungen und Pfandbestellungen zu Gunsten Dritter" unter dem Strich oder ggfs. in einer Bilanzbeilage vermerken (vgl. auch Art. 805 OR für die GmbH). Die Aufzählung in Art. 670 OR wird als abschließend angesehen²⁾.

Alles, was rechtlich diese Begriffe nicht ausfüllt, ist nicht vermerkpflchtig. Unter Garantieverpflichtungen wird überwiegend nicht jede Eventualverbindlichkeit verstanden, sondern nur die rechtswirksame - direkte - Einstandspflicht gegenüber dem Begünstigten, also scheidet die Patronatserklärung aus, die nur mittelbar den Leistungserfolg herbeiführt und einen faktischen Leistungszwang für die Muttergesellschaft auslöst³⁾. Altenburger bezeichnet dieses Ergebnis als "Lückenproblem". Er sieht in der mangelnden Erfassung der Patronatserklärung in Art. 670 OR mit Rücksicht auf

1) Altenburger aaO. S. 20.

2) Altenburger aaO. S. 148;
a.A. wohl Guhl aaO. S. 616;
Länderbericht Gerth aaO. 2. Aufl. S. 436.

3) Altenburger aaO. S. 147/148;
Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft S. 115:
"Konkretisiert sich dagegen die in der Patronats-
erklärung enthaltene Verpflichtung in eine mit gewisser
Wahrscheinlichkeit zu erwartende Vermögenseinbuße,
so ist dafür nach Art. 670 Abs. 2 OR eine angemessene
Rückstellung zu schaffen."
Huber aaO. S. 61; vgl. auch Gerth aaO. 2. Aufl. Länder-
bericht S. 436;
a.A. wohl Ruedin aaO. S. 228: "Si la lettre d'intention
a des effets juridiques, elle doit être mentionnée
au bilan de la société-mère."

Die Bedeutung der Formvorschrift sieht das Gericht in erster Linie darin, dem Bürgen die Tragweite seiner Verpflichtungen vor Augen zu führen und ihn von übereilten Bürgschaftsversprechen abzuhalten. Ferner soll neben ihm seine Familie davor geschützt werden, in Not zu geraten. Trotz dieser mehr sozialpolitisch orientierten Zweckbestimmung rechnet das Gericht die Vorschrift nicht der öffentlichen Ordnung zu. Es will die Vorbehaltsklausel nicht überspannen und hält dies für den Handelsverkehr für bedenklich¹⁾.

Somit ergibt sich eine praktikable Lösung.

3. Zur Bilanzierung einer Patronatserklärung

Wenn trotz ihres fragwürdigen Sicherheitenwertes die Patronatserklärung auch in der Schweiz Verbreitung gefunden hat, von Kreditinstituten akzeptiert und von Muttergesellschaften einer klassischen Sicherheit vorgezogen wird, so stellt sich wiederum die Frage nach dem Grund. Ähnlich wie in Deutschland sieht sich die Muttergesellschaft aus grundsätzlichen oder konzernpolitischen Erwägungen und bilanzoptischen Überlegungen dazu veranlaßt²⁾. In der Regel wird bewußt eine vage Formulierung gewählt, aus der eine primäre Zahlungspflicht nicht hervorgeht, um "die Möglichkeit zu erhalten, die ihre eigene Kreditwürdigkeit

1) Vgl. auch Altenburger aaO. S. 123 Fußn. 1).

2) Kleiner aaO. S. 118;
Huber aaO. S. 61;
Ruedin aaO. S. 213;
Altenburger aaO. S. 20;
Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft S. 110;
Geigy-Werthemann aaO. S. 37.

Nach Art. 11 Satz 1 EGBGB bestimmt sich die Form eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind. Die Form einer Patro-
natserklärung könnte also dem gewählten deutschen Recht unterworfen werden (vgl. die Ausführungen S. 160 ff). Lange Zeit war diese Möglichkeit umstritten. Art. 493 Abs. 1 OR galt als Bestandteil des schweizerischen Ordre Public¹⁾. Das schweizerische Bundesgericht hat diese Auffassung inzwischen abgelehnt. In der Entscheidung vom 31. 10. 1967 BGE 93 II 379 hält das Gericht zwar daran fest, die Vorschriften des Art. 493 OR seien zwingender Natur, führt aber aus:

"Das bedeute nicht ohne weiteres, daß sie auch den um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellten Vorschriften zuzurechnen sind. Auch zwingende Bestimmungen bilden nur dann einen Bestandteil der öffentlichen Ordnung, wenn das ausländische Recht, das im Inland angewendet werden soll, mit der hier geltenden Rechtsordnung unvereinbar ist. Das trifft nur zu, wenn mit der Berücksichtigung des ausländischen Rechts grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung mißachtet werden, wenn dadurch das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt wird und wenn das schweizerische Rechtsdenken zwingend den Vorrang gegenüber dem anwendbaren ausländischen Recht erheischte."

1) Heinsius aaO. Bank-Betrieb 1964,14 (16)
i.V. BGE 64 II 350;
(zum schweizerischen IPR siehe Seite 162);
Moser in Rabels Z 31,670 (672) "Das Internationale Obligationenrecht" (i.V. mit BGE 84 I 119) zur Form, die jedenfalls im Zusammenhang mit der Vollstreckung eines ausländischen Urteils nicht zum ordre public gehöre;
Rümker aaO. WM 1974,996 mit Hinweis auf die frühere Ansicht und die nun a.A. in BGE 93 II S. 379 ff = AWD 1968,477.

2. Zur Vermeidung der angeblichen Formungültigkeit einer (bürgschaftsähnlichen) Patronatserklärung

Da nicht sicher ist, ob Schweizer Gerichte in der Praxis eine Patronatserklärung als formbedürftige Bürgschaftserklärung oder formfreie Verpflichtungserklärung werten, ist zu überlegen, ob dem etwaigen Formbedürfnis nicht Rechnung getragen werden sollte. Will man also das oben aufgezeigte Problem der Formungültigkeit einer Patronatserklärung einer Schweizer Muttergesellschaft im Sinne einer Ausstattungsverpflichtung gemäß Beispiel Nr. 2 S. 90 beseitigen, müßte man eine Patronatserklärung in Übereinstimmung mit Art. 493 OR der Höhe nach begrenzen. Letzteres widerspricht im Grunde dem besonderen Charakter der Patronatserklärung und dem Sicherheitsbedürfnis der Bank. Schließlich hat die Muttergesellschaft ihre Verpflichtung nicht erfüllt, wenn sie den Kreditbetrag der Tochtergesellschaft nur einmal zur Verfügung stellt, dieser aber aus verschiedenen Gründen nicht an die Bank gelangt, insbesondere von einem anderen Gläubiger der Tochtergesellschaft gepfändet wird¹⁾. In der deutschen bankrechtlichen Literatur wird daher folgender Zusatz vorgeschlagen:

"Es besteht Einigkeit darüber, daß wir Ihnen, falls Sie uns wegen Verletzung unserer vorstehenden Pflichten in Anspruch nehmen, nur bis DM haften."²⁾

Im übrigen wird sich eine deutsche Bank überlegen, ob sie den Art. 493 Abs. 1 OR nicht dadurch ausschließt, daß sie sich mit der Muttergesellschaft über die Anwendung deutschen Rechts einigt.

1) Obermüller aaO. ZGR S. 149 m.N.;
Köhler aaO. WM 1978,1338 (1344 l.Sp.).

2) Obermüller aaO. 1. Fassung 4. Teil Abschnitt 2 S. 14.

der Kredit auch nicht zurückgezahlt worden wäre, selbst wenn sie sich entsprechend der Patronats-erklärung verhalten hätte, oder daß der Schaden nicht auf ihrem Verschulden beruhe¹⁾.

Nach Art. 97 Abs. 1 OR soll ihr der Exculpationsbeweis zustehen²⁾.

Im Schadensfall bestimmt der Richter Art und Größe des Ersatzes für den eingetretenen Schaden, Art. 99 i.V. 42/4 OR³⁾. Dabei dürfte ein neben dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung entstandener Verzugsschaden wegen verspäteter Leistung auch die Differenz aus der Geldentwertung erfassen⁴⁾.

Kommt es im Anschluß an die Zahlung der Muttergesellschaft zur Forderungsabtretung der Hauptforderung an die Muttergesellschaft und wäre schweizerisches Recht zu beachten, so gilt folgendes:

Für die Forderungsabtretung genügt nach Art. 165 Abs. 1 OR die einfache Schriftform, und zwar mit der Unterschrift des Zedenten. Eine Benachrichtigung des Schuldners ist nicht erforderlich⁵⁾.

Besonderheiten zur Abtretung von Rechten aus einer Patronatsklärung ergeben sich nicht.

1) Huber aaO. S. 62.

2) Müllhaupt aaO. S. 114 Fußn. 47 sowie Gerth aaO. S. 434.
Ferner erläutert Huber, daß die Muttergesellschaft bei Zahlung von Schadensersatz (im Konkurs der Tochtergesellschaft) den Verlustschein von der kreditgebenden Bank herausverlangen kann, also nicht neben der Bank ihren Regreßanspruch gegen die Tochtergesellschaft anmelden darf, S. 62 ebenda.

3) Guhl aaO. S. 91.

4) Martiny in Reithmann aaO. Rn. 139 für das deutsche und schweizerische materielle Recht; vgl. im übrigen S. 43; Vischer "Internationales Privatrecht" 1973 S. 703.

5) Peter Müller in Sandrock aaO. Bd. 1 C Rn. 471 sowie Guhl aaO. S. 237.

aufgeführt:

Vertragliche Nichterfüllung¹⁾,
Verletzung von Auskunftspflichten und die
Verletzung von besonderem Vertrauen anlässlich
des Vertragsabschlusses nach den Grundsätzen
der culpa in contrahendo²⁾,
Haftung wegen Rechtsscheins³⁾ oder
wegen unerlaubter Handlung⁴⁾.

Bei der Vertragsverletzung wird gefordert, daß ein Kausalzusammenhang zwischen der behaupteten Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden gegeben sein müsse. Die Beweislast liegt bei der Bank. Die Muttergesellschaft soll dagegen geltend machen können, daß

- 1) gemäß Art. 97 OR;
Müllhaupt zur Beibehaltung der Beteiligung aaO.
Schweizerische Aktiengesellschaft S. 112;
zur Ausstattungsverpflichtung S. 114;
ebenso Ruedin aaO. S. 217 und 219;
Huber aaO. S. 61;
Kleiner aaO. S. 117;
Altenburger z.B. bei vertragswidriger Aufgabe der
Beteiligung aaO. S. 76 ff.
- 2) Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft S. 112,
Altenburger aaO. S. 86;
Huber zum letter of intent zur Geschäftspolitik der
Muttergesellschaft aaO. S. 62/63.
- 3) Geigy-Werthemann aaO. S. 33 Haftung kraft Rechtsscheins
i.S. einer Garantie je konkreter die Erklärung der
Muttergesellschaft ist;
a.A. Altenburger aaO. S. 108 ff (134).
- 4) Geigy-Werthemann aaO. S. 35;
Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft S. 112;
zur unerlaubten Handlung Guhl aaO. S. 171 ff;
zur sittenwidrigen Schädigung des Vermögens Art. 41,2 OR
S. 175; -
vgl. zur deliktischen Bankenhaftung, wenn die Bank den
Anschein der Zahlungsfähigkeit und der Kreditwürdigkeit
des Kreditnehmers zu Lasten anderer Gläubiger erweckt
(rechtswidrige Irreführung Dritter) Schönle
"Rechtsvergleichende Aspekte (Frankreich, Belgien,
Schweiz) der Bankenhaftung aus Sanierungsaktionen
ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und
Wirtschaftsrecht) 2./3. Heft April/Juni 1979
143. Bd. S. 208 ff (220).

Im Ergebnis kann die Patronatserklärung mit verpflichtendem Charakter (insbesondere mit der Ausstattungsverpflichtung) nach Schweizer Recht den garantieähnlichen Erklärungen zugeordnet werden, zumindest aber als formfrei gültige, vertragliche Verpflichtung gewertet werden¹⁾.

Eine Schadensersatzpflicht wird im Einzelfall anerkannt, wenn die Muttergesellschaft z.B. falsche Angaben macht, sich nicht wie versprochen verhält (z.B. die Beteiligung beibehält) oder die zugesagte Leistung (z.B. Ausstattung) nicht erbringt. Die Beurteilung divergiert. Als Haftungstatbestand werden

1) zur Garantie:

Geigy-Werthemann aaO. S. 21 ff,
Kleiner aaO. S. 118, jedenfalls für den Fall,
daß versprochen wird, dafür zu sorgen, daß die
patronisierte Gesellschaft dem Begünstigten (Bank)
Leistung erbringt. Die Verbindlichkeit stellt er
nicht in Frage.

Im übrigen:

Huber aaO. S. 62, der die Möglichkeit einer Vertragsverletzung anerkennt.

Ruedin aaO. S. 213, der darin eine Garantie zweiter Kategorie sieht.

Müllhaupt aaO. S. 114, der eine Garantie ablehnt,
die vertragliche Bindung aber anerkennt.

Altenburger aaO. S. 65, der nur die Erklärung als
Garantie wertet, in der die Muttergesellschaft verspricht, dafür zu sorgen, daß die Tochtergesellschaft
den Kredit in jedem Fall zurückzahlen werde.

Vgl. im übrigen Länderbericht Gerth aaO. S. 433ff.

Eine solche Patronatserklärung könnte vielmehr ähnlich wie nach deutschem Recht eine Garantie bzw. eine garantieähnliche Erklärung, wenn auch eigener Art, darstellen. Die Garantie hat sich nach dem Schweizer Recht eigenständig entwickelt und beruht auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Sie ist unabhängig vom Bestand oder der Durchsetzbarkeit des Grundgeschäfts. Sie kann formlos vereinbart werden¹⁾. Die Abgrenzung gegenüber der Bürgschaft ist in der Rechtspraxis nicht immer einfach, da das Gesetz selbst einige Garantieverträge ausnahmsweise als Bürgschaften behandelt, vgl. Art. 492 Abs. 3 OR. Darin ist das Versprechen des Garanten geregelt, eine wegen Vertragsunfähigkeit oder wegen wesentlichen Irrtums des Hauptschuldners unverbindliche Verpflichtung erfüllen zu wollen, und das weitere Versprechen, für die Erfüllung einer gegenüber dem Hauptschuldner bereits verjährten Schuld einzustehen²⁾. Als Eigentümlichkeit eines Garantievertrages wird die Absicht des Garanten gewertet, die andere Vertragspartei zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen und die daraus entstehenden wirtschaftlichen Gefahren zu übernehmen³⁾. Ferner kommt oftmals ein eigenes und unmittelbares Interesse des Versprechenden an der Leistung des Dritten hinzu⁴⁾.

1) Kleiner aaO. S. 22/23, S. 41;
u.a. Guhl aaO. S. 167;
zur Form speziell Peter Müller/Sandrock aaO. Bd. 1
C 464.

2) Guhl aaO. S. 490.

3) Guhl aaO. S. 167;
Kleiner aaO. S. 41.

4) Guhl aaO. S. 168;
Kleiner aaO. S. 60 ff.

Danach ist derjenige, der einem anderen die Leistung eines Dritten verspricht, zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet, wenn die Leistung nicht erfolgt¹⁾. Die Besonderheit liegt darin, daß hier ein Vertrag zu "Lasten" eines Dritten geschlossen wird, o h n e daß der Dritte auf Grund dieses Vertrages verpflichtet wird. Insofern ist die Randbemerkung im Obligationenrecht im Sinne eines "Vertrages zu Lasten Dritter" mißverständlich. Es verpflichtet sich nur der Garant. Er schließt einen solchen Vertrag im eigenen Namen ab, auf eigene Rechnung und eigenes Risiko. Er macht sich schadensersatzpflichtig, wenn der Dritte diese Leistung nicht seinerseits erbringt²⁾. Eine besondere Form wird in Art. 111 OR nicht vorgeschrieben. Insoweit stünde einer Patronatserklärung, die nach dieser Vorschrift zu beurteilen wäre, ein Formerfordernis nicht im Wege.

Wie sich aus dem Wortlaut des Art. 111 OR ergibt, muß jedoch die L e i s t u n g e i n e s D r i t t e n versprochen werden. Abweichend davon verspricht die Muttergesellschaft in einer Patronatserklärung mit Ausstattungsverpflichtung keine Leistung bzw. kein "Tun" der Tochtergesellschaft. Sie will lediglich durch Ausstattung der Tochtergesellschaft die Voraussetzung schaffen, daß diese etwas "tun kann"³⁾. Art. 111 OR kann daher unmittelbar keine Anwendung finden⁴⁾.

1) Schönenbergerer ZGB/OR Textausgabe 1979.

2) Guhl aaO. S. 167;
Heinsius "Bürgschaften von Schweizern als Kredit-sicherheiten" Bank-Betrieb 1964, 14 (19).

3) Kleiner aaO. S. 117 u. 118.

4) Kleiner aaO. S. 118;
Ruedin aaO. S. 218.

ein auf die Zahlungsunfähigkeit begrenztes Risiko trage¹⁾. Folglich müsse die Verbindlichkeit einer solchen Erklärung dann scheitern, wenn den gesetzlichen Formerfordernissen des Art. 493 OR nicht entsprochen wird. Warum sich eine Bank darauf einlassen sollte, wird damit erklärt, daß eine Patronats-erklärung in der Regel einer "im gemeinsamen Einvernehmen getroffenen Kompromißlösung" entspreche. Die Bank verzichte freiwillig auf weiterreichende Personalsicherheiten und nehme bewußt ein höheres Risiko auf eigene Gefahr in Kauf²⁾.

Diese Lösung ist nicht zwingend. Das Schweizer Recht kennt keinen Rechtssatz, wonach "im Zweifel für Sicherheitenverträge Bürgschaftsrecht gilt". Es kennt neben der Bürgschaft die bürgschaftsähnliche Garantie gemäß Art. 111 OR und Garantien, deren Ausgestaltung nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit grundsätzlich den Vertragsparteien überlassen ist³⁾. Demgemäß muß die Auslegung, die zu dem vorgenannten Ergebnis geführt hat, überprüft werden. Die Muttergesellschaft verspricht in einer Patronatsklärung mit Ausstattungsverpflichtung nicht, die Kreditverbindlichkeit (oder Verbindlichkeiten) der Tochtergesellschaft (als Bürge) erfüllen zu wollen. Die Muttergesellschaft sagt eine selbständige Leistung (Ausstattung) zu. Sie könnte damit zugleich Garant einer Leistung der Tochtergesellschaft sein im Sinne des Art. 111 OR.

1) Altenburger aaO. S. 62.

2) Altenburger aaO. S. 93.

3) Schönenberger ZGB/OR Textausgabe 1979; Kleiner aaO. S. 119, S. 22/23.

schweizerischem Recht darauf achten, daß die Vorschriften des schweizerischen Bürgschaftsrechts eingehalten werden. Anderenfalls müßte sie fürchten, daß der Bürgschaftsvertrag ungültig ist, da die Angabe des Höchstbetrages zur Form der Bürgschaft gehört¹⁾.

Gerade mit Rücksicht auf diese Formvorschrift wird auch die Umdeutung einer Patronatserklärung in eine Bürgschaft abgelehnt²⁾.

Demgegenüber wird neuerdings in einer Arbeit über "Die Patronatserklärungen als - unechte - Personalsicherheiten"³⁾ die sogenannte Liquiditätsgarantie (vgl. S. 8), die weitgehend der "starken" Patronatserklärung im Sinne einer Ausstattungsverpflichtung gemäß Beispiel Nr. 2 S. 90 entspricht, der Bürgschaft zugeordnet. Bei dieser Zuordnung wird wesentlich darauf abgestellt, daß der Patron - wie bei einer Bürgschaft gemäß Art. 492 ff OR - lediglich das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Kreditschuldners abdecken wolle, nicht aber weitergehende Risiken wie etwa das Risiko des pünktlichen Eingangs der Zahlung oder der Erfüllung der zu Grunde liegenden Hauptschuld aus Kredit, auch wenn diese nicht zu Recht besteht⁴⁾.

Die Muttergesellschaft könne also durchaus Einwendungen und Einreden aus dem Grundgeschäft geltend machen und nehme "im Endeffekt die Stellung eines akzessorisch haftenden Bürgen ein, der im wesentlichen

1) Guhl aaO. S. 493.

2) Huber aaO. S. 61,
a.A. Altenburger aaO. S. 64.

3) Altenburger aaO. S. 50 ff (64).

4) Altenburger aaO. S. 61.

schaft sich irgendwie verpflichten wollte"1).

Dem Beispiel Nr. 1 (S.89) wird regelmäßig kein verpflichtender Erklärungswert beigelegt2).

In dem Beispielfall unter Nr. 2 (S. 90) gibt die Muttergesellschaft zwar zu erkennen, daß sie sich für die finanzielle Ausstattung der Tochtergesellschaft verantwortlich fühlt. Ein Kreditauftrag, den das Schweizer Recht gleichfalls kennt (Art. 408 OR), wird darin jedoch nicht gesehen3). Insofern kann auf die Ausführungen zum deutschen Recht verwiesen werden.

Die Muttergesellschaft erklärt auch im Beispielfall Nr. 2 (S. 90) nicht die Übernahme einer Bürgschaft (Art. 492 OR)4). Sie verwendet keinen Begriff, der auf Bürgschaft schliessen liesse. Hätte sie dies gewollt, hätte sie einen üblichen Bürgschaftstext wählen können. Objektive Kriterien liegen nicht vor, warum sie sich nicht an die besonderen Vorschriften hätte halten sollen (vor allem an die betragsmäßige Begrenzung gemäß Art. 493 OR)5), die auch ihrem Schutz dienen. Jedenfalls würde eine Bank aller Wahrscheinlichkeit nach bei Hereinnahme einer Bürgschaft nach

- 1) Altenburger aaO. S. 28 a.E.;
ähnlich Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft S. 111 (Nr. 4).
- 2) Huber aaO. S. 59;
Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft S. 112;
Ruedin aaO. S. 216;
Geigy-Werthemann aaO. S. 28;
Altenburger aaO. S. 42 ff;
Gerth aaO. 2. Aufl. Länderbericht S. 426.
- 3) Geigy-Werthemann aaO. S. 30;
Guhl aaO. S. 441;
im Einzelfall abweichend Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft S. 110.
- 4) zur Bürgschaft aaO. S. 489 ff;
im übrigen so die schweizerischen Autoren S. 89 Fußn. 1)
außer Altenburger aaO. S. 63/64.
- 5) die öffentliche Beurkundung gemäß Art. 493 Abs. 2 OR
gilt nur für natürliche Personen.

Maßgebend ist somit weniger das Konzernverhältnis (gemeint ist das faktische Konzernverhältnis, das im Zusammenhang mit einer Patronatserklärung primär zum Ausdruck kommt, was aber nicht ausschließt, daß im Einzelfall ein Vertragskonzern besteht¹⁾) als das konkrete Verhalten der Muttergesellschaft gegenüber der Bank, obgleich dies entscheidend durch das konzernbedingte Abhängigkeitsverhältnis geprägt wird (und sich damit die Frage nach der Bedeutung des erzeugten Rechtsscheins stellt)²⁾. Man ist sich einig, daß die Patronatserklärung in den Grenzbereich einer bindenden vertraglichen Leistungspflicht gerückt ist. Nach Altenburger ist sie "nicht eine jedermann zugängliche Kreditsicherheit, sondern Ausdruck wirtschaftlicher Macht³⁾ - in jenem grauen Grenzbereich, der zwischen eigentlicher Legalität und bloßer Faktizität liegt"⁴⁾.

Eine Prüfung muß den Auslegungsgrundsätzen nach schweizerischem Recht folgen. Dabei ist der wirkliche Parteiwille zu erforschen ungeachtet unrichtiger Bezeichnungen oder einer unverbindlich erscheinenden Ausdrucksweise. Nach dem Vertrauensprinzip des Art. 18 OR ist auf die wahre Beschaffenheit des Vertrages abzustellen⁵⁾. Die Kernfrage lautet, "ob die kreditgewährende Bank als verständiger und loyaler Partner hat annehmen dürfen und müssen, daß die Muttergesell-

1) Altenburger aaO. S. 18.

2) Geigy-Werthemann aaO. S. 24 u. 32;
Altenburger aaO. S. 98, 100 ff.

3) Altenburger aaO. S. 1.

4) Altenburger aaO. S. 19.

5) Guhl aaO. S. 110;
Geigy-Werthemann aaO. S. 26/27;
Altenburger aaO. S. 27/28;
Ruedin aaO. S. 226, der u.a. auf die Bedeutung der Frage verweist, wer die Patronatserklärung entworfen hat.

2. den sogenannten Letter of Intent im Sinne einer Absichtserklärung, wonach die Muttergesellschaft eine bestimmte Verhaltensweise in Aussicht stellt bzw. ihre Geschäftspolitik bestätigt¹⁾ oder wonach die Muttergesellschaft die Überwachung und Ausstattung der Tochtergesellschaft zusagt im Sinne des Beispiels Nr. 6²⁾.

Für die Geschäftsanbahnung gegenüber der Bank ergeben sich keine Besonderheiten. In der Literatur wird jedoch hervorgehoben, daß für die Beurteilung des Sicherheitenwertes einer Patronatserklärung bedeutsam sein kann, ob die Tochtergesellschaft denselben Namen trägt wie die Muttergesellschaft (oder zumindest den wesentlichen Teil des Namens der Muttergesellschaft in ihrem Firmennamen führt). Eine Muttergesellschaft mag eher geneigt sein, ihren Ruf zu wahren, wenn die Identität des Namens gegeben ist. Es kommt also wesentlich auf das "moralische standing"³⁾ an. Gleichwohl gibt es keinen Zweifel, daß die Muttergesellschaft nach dem Gesetz grundsätzlich nicht verpflichtet ist, einer rechtlich selbständigen Tochtergesellschaft finanzielle Unterstützung zu gewähren⁴⁾.

- 1) U.a. Geigy-Werthemann aaO. S. 22;
, Huber aaO. S. 62;
Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft
S. 109/113/114;
Ruedin aaO. S. 222.
- 2) U.a. Geigy-Werthemann aaO. S. 28;
Huber aaO. S. 60;
Kleiner aaO. S. 118;
zur weitergehenden Liquiditätsgarantie Altenburger
aaO. S. 53 ff.
- 3) Huber aaO. S. 58 und 61.
- 4) Geigy-Werthemann aaO. S. 23;
Altenburger aaO. S. 125;
OLG Frankfurt vom 18.1.1979 - 1 U 227/77, 2/1307/76
S. 43 ebenda.

II. Die Patronatserklärung nach schweizerischem materiellen Recht

1. Rechtsnatur und Rechtsfolgen

Mit Rücksicht auf die Nähe zum deutschen Rechtskreis soll die Erörterung der Patronatserklärung nach schweizerischem Recht vorangestellt werden.

In der Praxis findet man vielfach unter Verwendung der englischen/amerikanischen Begriffe Erklärungen, die inhaltlich den in Deutschland üblichen Patronatserklärungen ähneln¹⁾, und zwar

1. den sogenannten Letter of Awareness, wonach die Muttergesellschaft der kreditgebenden Bank mitteilt, daß sie vom Kredit Kenntnis habe und ihn billige²⁾, oder

- 1) Geigy-Werthemann aaO. S. 21;
Beat Kleiner "Bankgarantie" 3. Aufl. 1979 S. 117 (118);
Roland Ruedin "La lettre d'intention en droit suisse" in Festschrift für Paul-René Rosset 1977 S. 213 (214);
Harald Huber "Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten" in "Rechtsprobleme der Bankpraxis" Hrsg. Forstmoser 1976 S. 58;
Gutachtliche Äußerung der Handelsbank N.W. Zürich gem. Schreiben vom 9.2.1979;
Peter R. Altenburger "Die Patronatserklärungen als -unechte- Personalsicherheiten" Diss. 1979 S. 42, 53, 66;
Walter Müllhaupt "Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung" in Schweizerische Aktiengesellschaft 1978, 109 ff.
- 2) U.a. Geigy-Werthemann aaO. S. 21;
Huber aaO. S. 59/60;
Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft S. 109/112.

d) Devisenrechtliche Probleme

Vereinbarungen, die Zahlungen über Grenzen hinweg auslösen, berühren die Devisengesetzes im Lande des Schuldners. Insofern muß im Einzelfall untersucht werden, ob z.B. eine ausländische Muttergesellschaft bei Abgabe einer Patronatserklärung eine devisenrechtliche Genehmigung einholen muß. Anderenfalls kann ihre Erklärung nichtig oder nicht durchsetzbar sein¹⁾. Einzelheiten dazu sollen im nachstehenden kollisionsrechtlichen Teil 3 behandelt werden. Hier sei zunächst nur festgehalten, daß die Schweiz z.Zt. keine devisenrechtlichen Beschränkungen hat, die devisenrechtlichen Beschränkungen in England aufgehoben wurden (vgl. Handelsblatt vom 24. Okt. 1979 S. 1) und in bezug auf Frankreich strenge Devisenvorschriften einzuhalten sind²⁾.

- 1) Nielsen aaO. Bankrecht und Bankpraxis II Rn. 5/526 ff.
- 2) Bodenstein/Eberth aaO. S. 56;
zur Anwendung des Abkommens von Bretton Woods 1944
in bezug auf das französische Devisenrecht
vgl. S. 141.

c) Bankgeheimnis

Mit Rücksicht darauf, daß bei der Kreditaufnahme durch die Tochtergesellschaft nur zwischen der Bank und der Tochtergesellschaft der eigentliche Kreditvertrag zustandekommt¹⁾, hat die Bank auch der Muttergesellschaft gegenüber grundsätzlich das Bankgeheimnis zu wahren, das für die Tochtergesellschaft gilt. Die Muttergesellschaft nimmt zwar in der Regel in der Patronatserklärung auf den Kreditvertrag Bezug. Sie ist auch an Einzelheiten des Kreditverhältnisses interessiert, nicht zuletzt mit Rücksicht auf die von ihr im Beispiel Nr. 6 zur Verfügung zu stellenden Mittel. Dieses Interesse reicht aber nicht aus, um ihr ein eigenständiges Auskunftsrecht gegenüber der Bank unter Vernachlässigung des Bankgeheimnisses (gegenüber der Tochtergesellschaft) zu gewähren. In der Praxis ist es daher erforderlich, daß sich die Tochtergesellschaft ausdrücklich mit der Auskunftserteilung an die Muttergesellschaft einverstanden erklärt oder zumindest von der Hereinnahme der Patronatserklärung Kenntnis hat und konkludent damit einverstanden ist, daß die Muttergesellschaft Informationen über das Kreditverhältnis zwischen ihr und der Bank erhält²⁾.

- 1) Canaris "Bankvertragsrecht" 1975 beurteilt den Kredit-eröffnungsvertrag als Vertrag sui generis Anm. 618 zu Anhang nach § 357; Palandt beschreibt ihn als - nach der Konsensualtheorie - Darlehensvertrag selbst oder Rahmenvertrag - nach der Realvertragstheorie - als einen Vorvertrag in der Form eines Konsensualvertrages nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit, Einf. vor § 607 Anm. 3 k; zum Bankvertrag im übrigen § 675 Anm. 3 b, wonach dieser ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienst- und Werkvertrag ist, der eine vielfältige Tätigkeit der Bank im Interesse ihrer Kunden zum Gegenstand hat.
- 2) Schütz "Bankgeschäftliches Formularbuch" zur Bürgerschaft S. 217 Ziff. 9, der auf die Umstände des Einzelfalles abstellt, ob die Bank auch ohne weitere Vorkehrung Auskünfte über das Kreditverhältnis an den Bürgen geben darf; im übrigen Muster des Bank-Verlages, Köln, Nr. 42.141 (04/78) und Nr. 42.142 (04/78); ähnlich Sichtermann "Das Bankgeheimnis und Bankauskunft", 2. Aufl. 1966 S. 162; Bank-Verlag, Köln "Bankgeheimnis und Bankauskunft", 1981 S. 32 (zu Bürgschaften).

wird allgemein eine Zahlungsklausel empfohlen, die klarstellt, daß der Schuldner Zahlungen ohne Abzug von Kosten, Abgaben oder Steuern, die an seinem Geschäftssitz erhoben werden könnten, zu leisten und bei Erhebung solcher Abgaben durch die Zahlung entsprechender Beträge als zusätzliche Schuld auszugleichen habe¹⁾. In Kreditverträge wird diese Klausel auch vorbeugend aufgenommen, da nicht ausgeschlossen ist, daß durch Gesetzesänderung im Lande des Schuldners bestimmte Beträge im Wege des Quellenabzugs²⁾ zu Lasten des Zahlungsempfängers von dem auszahlenden Schuldner für den Steuerfiskus des Schuldners einbehalten werden müssen. Bei einem Kredit kann sich dieser Abzug insbesondere auf die Zinszahlung beziehen³⁾.

Bei Zahlungen aus einer Patronatserklärung zur Rückführung eines Kredits, zumindest bei Zahlung der Muttergesellschaft direkt an die Bank gemäß § 267 BGB, können derartige Zinsanteile erfaßt werden, so daß ein Abzug denkbar ist. Patronatserklärungen enthalten jedoch normalerweise keine Klausel dieser Art. Sie wäre unüblich und wohl auch nicht durchsetzbar.

- 1) Nielsen aaO. Die Bank 1980, 80 (81).
- 2) Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften A - K S. 26.
- 3) Entsprechend ähnlicher Steuertatbestände wie Besteuerung von Kapitalerträgen u.ä.

5. Weitere Einzelfragen zur Patronatserklärung

a) Abtretbarkeit/Verpfändbarkeit und Pfändbarkeit

Ob die Patronatserklärung bzw. die Rechte und Ansprüche daraus abtretbar sind und damit verpfändbar und pfändbar, hängt davon ab, ob die Abtretung ausdrücklich ausgeschlossen ist oder die vereinbarte Leistung bei Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann (§ 399 BGB). Anhaltspunkte für einen Abtretungsausschluß liegen nicht vor. Die Leistung der Muttergesellschaft verändert sich nicht. Die Abtretung würde sich auf das beschränken, was in der Patronatserklärung zum Ausdruck kommt. Bei Abtretung, Verpfändung und Pfändung würde der neue Gläubiger z.B. im Beispiel Nr. 6 die Leistung der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft (oder ggfs. Schadensersatz) verlangen können. Insofern werden die Abtretbarkeit und die daraus resultierende Pfändbarkeit und Verpfändbarkeit für zulässig gehalten (§§ 851, 829 ZPO bzw. § 857 ZPO, § 1273 Abs. 2 BGB i.V. § 1280 BGB)¹⁾.

b) Zahlung ohne Abzug

Im Zusammenhang mit der Regelung von Zahlungsbedingungen im Auslandsgeschäft, im Import- und Exportgeschäft oder bei der Kreditvergabe an ausländische Schuldner,

1) Obermüller aaO. ZGR 1975 S. 32 und 34.

z.B. an bestimmte Rahmenbedingungen gebunden sein, insbesondere nach dem Insurance Companies Act, 1974, wonach Versicherungsgesellschaften einen "minimum solvency margin" aufrechterhalten müssen¹⁾.

Anders als in Deutschland gibt es keine Richtlinien etwa des Instituts der Chartered Accountants in England und Wales, an denen sich die Gesellschaften und Wirtschaftsprüfer wegen der bilanziellen Behandlung orientieren könnten²⁾. Denkbar ist auch, daß eine Muttergesellschaft eine Patronatserklärung ihrem Wirtschaftsprüfer nicht zur Kenntnis bringt. Grundsätzlich ist es daher zwar nicht in ihr Belieben gestellt, wohl aber ihrer tatsächlichen Entscheidung überlassen, ob eine Patronatserklärung in ihrer Bilanz erscheint oder nicht³⁾.

Bei der Auslegung einer Patronatserklärung ist auf die allgemeinen Grundsätze nach englischem common law abzustellen. Danach entscheidet der Wortlaut einer Erklärung und die übliche Bedeutung der verwendeten Begriffe⁴⁾. Sind die Worte klar, bleibt für eine Auslegung kein Raum. Es kommt nicht auf den inneren Willen des Erklärenden (wie im Sinne der §§ 133, 157 BGB) an oder auf Umstände außerhalb einer Erklärung bzw. eines Vertrages. Auf außerhalb der Urkunde liegende Beweismittel darf nicht zurückgegriffen werden, wenn sie

1) Smart aaO. S. 1.

2) Smart aaO. S. 1.

3) Smart aaO. S. 1/2.

4) Smart aaO. S. 3; zur geltenden "plain meaning rule": Triebel "Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht" 1977 Rn. 12 und noch 12, darüber hinaus legt er dar, daß die Vertragsauslegung weniger ein Problem des englischen materiellen Rechts als des Beweisrechts - law of evidence - ist.

den Inhalt der Urkunde ergänzen, verändern oder ihm widersprechen¹⁾. Ferner ist in diesem Zusammenhang die besondere Regel zu erwähnen, wonach ein Vertragstext zu Ungunsten der Partei ausgelegt wird, die ihn abgefaßt hat (contra proferentem rule)²⁾. Insoweit empfiehlt es sich, im Rechtsverkehr mit England zur Vermeidung von Unklarheiten möglichst die deutsche Fassung des Textes als gültige Fassung zu vereinbaren und eine unverbindliche englische Übersetzung beifügen zu lassen.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wird im allgemeinen den Erklärungen gemäß den Beispielen 1 bis 4 (S.105) kein verpflichtender Charakter beigemessen³⁾, 4) wohl aber den Erklärungen gemäß Beispiel Nr. 5 (S.106).

Die Muttergesellschaft hat zwar ganz bewußt nicht die Ausdrücke "contract of suretyship" oder "contract of guarantee" gewählt. Beide Begriffe werden für die Bürgerschaft verwendet⁵⁾. Ferner ist darin in keiner Weise Vorsorge getroffen worden, wie das in einer Bürgschaftserklärung nötig und üblich ist, daß der Gläubiger

1) Triebel aaO. Rn. 12.

2) Triebel aaO. Rn. 12;
Smart aaO. S. 12: "in the case of ambiguity when all other rules of construction fail, the doubt is removed by construing the document adversely to the grantor (subject to the proviso that the grantor cannot be charged beyond the precise terms of his engagement) and I see no reason why it should not also be applied in the case of letters of responsibility.

3) Smart aaO. S. 2 und 6 (zur "policy"), S.4 (exercise of influence), S. 3 (maintenance of its present participation British Bankers Association zu Beispiel 1 und 2, bezeichnet als letters of comfort mit nur "symbolic importance".

4) Smart aaO. S. 4/5.

5) Triebel aaO. Rn. 34;
Herold "Grundkenntnisse sind für jeden Exporteur von Nutzen" Handelsblatt vom 8.8.1979.

etwa den Kredit erneuern, verlängern, stunden oder Sicherheiten austauschen darf, ohne daß der Bestand der Sicherheitenerklärung dadurch berührt wird. Es liegt kein Anhaltspunkt für eine sogenannte continuing-guarantee vor, wonach die Erklärung wirksam bleibt, wenn der Kredit (Kontokorrentkredit) wechselnden Bestand hat¹⁾.

Die Erklärungen entsprechen auch nicht dem typischen "contract of indemnity" i.S. einer nach der englischen Rechtspraxis anerkannten Garantie. Sie enthalten jedoch wesentliche (verpflichtende) Begriffe wie "to ensure" oder "to provide", mit denen in einer Garantie u.a. zum Ausdruck kommt, daß der Garant ein selbständiges Leistungsversprechen abgibt²⁾. Insofern sind sie äußerlich einer Garantie ähnlich, ihr Inhalt unterliegt dagegen - was Smart hervorhebt - der Würdigung durch das Gericht³⁾.

Kommt die englische Muttergesellschaft ihren vorgeannten Verpflichtungen nicht nach (breach of the undertaking)⁴⁾ und ist die Rückzahlung des Kredits gefährdet, so würde ein Gericht die Muttergesellschaft (lt. Smart) - jedenfalls nicht sofort - zur Zahlung

1) Brink aaO. Rn. 178;
Triebel aaO. noch 34,

2) Brink aaO. Rn. 223 ff;
Triebel aaO. Rn. 34;
Pleyer aaO. S. 16;
Kleiner aaO. S. 128.

3) Smart aaO. S. 4 "the question is what remedy the court would award the bank for the breach (of the undertaking)".

4) zur Vertragshaftung mit Schadensersatzfolge
Triebel aaO. Rn. 13.

an die Bank verurteilen¹⁾. Es würde vielmehr einen Schaden darin sehen, daß die Bank den Gegenwert des Kredits nicht anderweitig (zinsbringend) anlegen kann und entsprechenden Ersatz zubilligen. Sollte die Kreditforderung in angemessener Zeit nicht erfüllt werden, könnte es zum Ersatz der gesamten Kreditsumme kommen ("then I think that an English Court would eventually make an order for the payment by the parent company of the entire defaulted sum")²⁾.

Unabhängig von der jeweiligen Zusage in den Patronats-
erklärungen gemäß Beispiel Nr. 5 soll es der Mutter-
gesellschaft unbenommen bleiben, die Bank durch direkte
Zahlung zu befriedigen³⁾.

- 1) Smart aaO. S. 4: weil gerade keine Garantie vorliegt und weil die Muttergesellschaft sicherstellen will, daß die Tochtergesellschaft ihren Verpflichtungen selbst nachkommt - "specific performance is a discretionary remedy and will not be granted where the Court considers damages to be an adequate remedy" (S. 4 und 11).
- 2) Smart aaO. S. 5; das Gerichtsverfahren wäre durch "writ" einzuleiten, und zwar "in form of a writ claiming the amount in default", so Smart aaO. S. 10, im übrigen zum Verfahren Triebel aaO. Rn. 14.
- 3) Smart aaO. S. 8: "What would happen (in practice) is that the parent company would pay off the bank in full" - um zu verhindern, daß auch andere Gläubiger an den der Tochtergesellschaft zugeführten Mitteln teilhaben.

2. Zur Form

Die einfache Schriftform hält Smart für ausreichend, vermutlich deshalb, weil auch die Garantie (anders als die Bürgschaft)¹⁾ zur Durchsetzung keiner besonderen Form bedarf (str.)²⁾. Im Geschäftsverkehr ist nicht zuletzt aus Beweisgründen Schriftform üblich.

Ob eine sog. consideration erforderlich ist, erwähnt Smart nicht. Bekanntlich stellt die consideration nach ihrer historischen Entwicklung und auf Grund des Prinzips der Gegenseitigkeit in einem Vertrag eine Art Gegenleistung dar (der Gegenwert muß nicht adäquat sein) und ist Voraussetzung und Nachweis des Bindungswillens³⁾.

Für eine Garantie wird sie verlangt⁴⁾. Demgemäß sollte sie sinngemäß in die Patronatserklärung aufgenommen werden, etwa mit folgenden Worten:

- 1) Brink aaO. Rn. 176;
Triebel aaO. Rn. 34: "Fehlt die Beweisurkunde, ist der Vertrag zwar materiellrechtlich gültig, kann aber prozeßrechtlich nicht durchgesetzt werden, auch nicht gegenüber Kaufleuten."
- 2) Brink aaO. Rn. 227;
Triebel aaO. Rn. 34;
a.A. Staudinger-Firsching Vor Art. 12 EGBGB Rn. 68 und Peter Müller/Sandrock aaO. Bd. 1 C 250 wegen section 4 des Statute of Frauds (1672) i.V. mit dem Law Reform Act 1954.
- 3) Brink aaO. Rn. 61 ff;
Triebel aaO. Rn. noch 9 (anderenfalls müßte die Bindung durch "seal" d.h. besiegelte Urkunde herbeigeführt werden, Rn. 10);
vgl. auch Brink aaO. Rn. 59/60
und Peter Müller/Sandrock aaO. Bd. 1 C 235.
- 4) Brink aaO. Rn. 226,
für eine Bürgschaft muß sie vorliegen, braucht aber in der Urkunde nicht erwähnt zu werden, so Brink aaO. Rn. 176 und 187.

"In consideration of the Bank giving credit or accomodation or granting time to the principal debtor "1)

Soll ein Kredit erst nachträglich durch eine Patronats-erklärung besichert werden, müßte mit Rücksicht auf die consideration die Hauptforderung fälliggestellt und ausdrücklich gestundet werden (die consideration bestünde dann im Verzicht des Gläubigers auf Geltendmachung der Forderung²⁾).

3. Zur Forderungsabtretung

Inwieweit die Muttergesellschaft Anspruch gegen die Bank auf Abtretung der Kreditforderung Zug um Zug gegen entsprechende Leistung hat, bleibt offen.

Dennoch soll nachstehend die Abtretung einer englischen Forderung behandelt werden³⁾.

1) Brink aaO. Rn. 187.

2) Brink aaO. Rn. 175;
Ob die Bank bei Fehlen einer consideration ggfs. nach der "doctrine of equitable estoppel" geschützt wird, da die Muttergesellschaft ihr Vertrauen beansprucht und sie daraufhin den Kredit ausgereicht hat, kann mangels Rechtsprechung zur Patronatserklärung nicht abschließend beurteilt werden, erscheint aber möglich;
vgl. zur "doctrine of estoppel" Triebel aaO. Rn. noch 9, Peter Müller/Sandrock aaO. Bd. 1 C 237 und Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 EGBGB Rn. 55.

3) für den Fall, daß die Kreditgewährung ausnahmsweise englischem Recht unterliegt.

Die Abtretung einer Forderung ist nach englischem Recht grundsätzlich möglich, es sei denn, daß die Vertragsparteien die Abtretbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen haben oder ähnlich wie im deutschen Recht durch die Abtretung die vom Schuldner zu erbringende Leistung in ihrem Inhalt verändert wird bzw. die Abtretung gegen den (englischen) *ordre public* verstoßen würde¹⁾.

Bei der Abtretung sind folgende Besonderheiten zu beachten:

Das englische Recht kennt einerseits die sogenannte *legal* oder *statutory assignment* nach section 136 des *Law of Property Act 1925* und andererseits die sogenannte *equitable assignment*²⁾. Die Unterscheidung beruht auf der historisch bedingten Trennung zwischen englischem *common law* im Sinne von "Königsrecht" (das ist das Recht der Königsgerichte) und *equity* im Sinne von Billigkeitsrecht (das ist das Recht, das das Kanzlergericht - *Court of Chancery* - sprach, um ungerechte Urteile des Königsgerichts auszugleichen³⁾).

Ursprünglich kannte man nur die auch heute noch übliche Forderungsabtretung nach Billigkeitsrecht, die sich auf gegenwärtige und zukünftige Forderungen beziehen kann, im wesentlichen aber nur schuldrechtliche Wirkung

- 1) Triebel aaO. Rn. 35;
Brink aaO. Rn. 538 ff bzw. es sich um höchstpersönliche Rechte, bestimmte Gehaltsforderungen oder Einkunftsquellen o.ä. handelt; abtretbar ist auch die Schadensersatzforderung, nicht aber "the bare right of litigation" bei Schadensersatzforderungen aus unerlaubter Handlung (tort) oder Vertragsverletzung (breach of contract);
Peter Klein "Die Abtretung von Forderungen nach englischem Recht" WM 1978, 390 (391).
- 2) siehe Fußn. 1);
Klein aaO. WM 1978, 390 (394).
- 3) Triebel aaO. Rn. 3 und Klein aaO. WM 1978, 390 (391); zu bemerken ist, daß *common law* in erster Linie Fallrecht ist und eine andere Bedeutung hat, wenn es um die Unterscheidung zum Gesetzesrecht (*legal* oder *statutory law*) geht. Auf diese unterschiedliche Bedeutung von *common law* verweist insbesondere Triebel aaO. Rn. 3. Gesetzesrecht geht Fallrecht vor, vgl. Brink in Hadding/Schneider aaO. Rn. 8.

zwischen den an der Zession Beteiligten zeigt. Im übrigen konnten früher derart abgetretene Forderungen nur mit Hilfe des Zedenten vor den Common Law Courts geltend gemacht werden¹⁾. Im Judicature Act 1873 wurde die (auch gegenüber Dritten wirkende) Abtretung erstmals gesetzlich geregelt. Heute gilt die entsprechende Vorschrift des sec. 136 Law of Property Act 1925. Die legal assignment ist, wie nachstehend dargelegt wird, durch besondere Formvorschriften gekennzeichnet. Sie eignet sich in erster Linie für die unbedingte, volle Forderungsabtretung an einen Dritten²⁾ sofern die Forderung der Höhe nach bestimmt ist³⁾.

Die Unterscheidung zwischen der legal und equitable assignment spielt in der Praxis insofern keine Rolle mehr, als eine unwirksame legal assignment in eine wirksame equitable assignment umgedeutet werden kann⁴⁾. Die Abtretungsformen bestehen nebeneinander fort.

Nach sec. 136 des Law of Property Act 1925 ist für die legal oder statutory assignment Schriftform vorgesehen. Die Abtretung muß obendrein dem Schuldner schriftlich angezeigt werden (unter Angabe des genauen Datums der Abtretung). Die formgerechte legal assignment ist im Konkurs des Zedenten konkursfest. Künftige Forderungen können durch legal oder statutory assignment nicht abgetreten werden⁵⁾.

Für die equitable assignment gilt dagegen keine besondere Form oder Mitteilung an den Schuldner. Der Schuldner kann bei fehlender Anzeige jedoch weiterhin

1) Klein aaO. WM 1978,391 Fn. 2.

2) Klein aaO. WM 1978,390 (392).

3) Brink aaO. Rn. 538 i.V. Fn. 2.

4) Klein aaO. WM 1978,390 (398).

5) wohl aber durch equitable assignment, so Triebel aaO. Rn. 35;
Klein aaO. WM 1978,390 (396); vgl. Klein auch wegen "general assignment" gegenwärtiger und zukünftiger Forderungen (S. 396).

an den Abtretenden befreiend leisten. Wird ferner die Forderung mehrmals abgetreten, so entscheidet über die Priorität nicht der Zeitpunkt der Abtretung, sondern die Bekanntgabe an den Schuldner. Ohne Anzeige ist die Forderungsabtretung nach Billigkeitsrecht im Konkurs des Zedenten nicht konkursfest¹⁾. Eine "consideration" wird auch für die equitable assignment verlangt²⁾.

Für die Abtretung von Ansprüchen aus einer Patronats-erklärung ergeben sich keine Besonderheiten³⁾. Rechtsprechung dazu liegt noch nicht vor. Ansprüche aus einer Patronatsklärung mit verpflichtendem Charakter dürften aber wie Ansprüche anderer Art⁴⁾ abtretbar sein.

- 1) Klein aaO. WM 1978,390 (395).
- 2) Klein aaO. WM 1978,390 (395); der Vollständigkeit halber sei angemerkt, daß eine englische Gesellschaft (Company) eine Forderungsabtretung beim Registrar anmelden (section 95 des Companies Act 1948) muß. Anderenfalls ist die Abtretung dem Liquidator und den Gläubigern gegenüber unwirksam.
vgl. Triebel aaO. Rn. 35.
- 3) Die Abtretung könnte praktisch werden z.B. im Forfaitierungsgeschäft. Allerdings müßte dann die Fallgestaltung so sein, daß die Bank z.B. eine Kaufpreisforderung à forfait ankauft, und diese Forderung besichert ist statt wie üblich durch Garantie durch Patronatsklärung der Muttergesellschaft des Zahlungspflichtigen (Käufers).
vgl. Gerth "Probleme der Wechselforfaitierung" ZfdgK 1979,576;
Finger "Die Forfaitierung, ihre Erscheinungsformen in der Praxis und ihre rechtliche Behandlung" Betriebs-Berater 1969,765;
von Westphalen aaO. S. 237 ff;
Schütze "Kollisionsrechtliche Probleme der Forfaitierung von Exportforderungen" WM 1979,962 ff.
- 4) Vgl. Beispiele bei Brink aaO. Rn. 539.

IV. Die Patronatserklärung nach französischem materiellen Recht

1. Rechtsnatur

Wie aus dem eingangs geschilderten Rechtsstreit ersichtlich, ist die Patronatserklärung auch in Frankreich nicht unbekannt. Unter Begriffen wie *lettre de confort* oder *lettre d'intention*, auch *lettre de parrainage* genannt, werden Erklärungen zusammengefaßt, die den in Deutschland gebräuchlichen Formulierungen weitgehend entsprechen. Ihre materiellrechtliche Existenz ist in Frankreich umstrittener als in Deutschland. Eine Patronatserklärung wird nämlich als einseitiges Engagement (*engagement unilateral*) mit zweifelhaftem juristischen Wert angesehen¹⁾. Das französische Recht kennt zwar einseitige "*Actes juridiques unilatéraux*", die nur vom Willen des Erklärenden getragen werden und trotz ihrer Einseitigkeit bindend sind, wie die Errichtung eines Testamentes, die Erbausschlagung oder die Amtsniederlegung. Der Code civil enthält aber keine Generalklausel über die Willenserklärung und deren Wirksamwerden entsprechend den §§ 130 ff BGB oder über einen Antrag, der zum Abschluß eines Vertrages führt im Sinne der §§ 145 ff BGB. Der Code civil behandelt insoweit nur die Verträge (*conventions et contrats*) und ihre wichtigsten Elemente, das sind "*consentement, capacité, objet*

1) Association Professionnelle des Banques vom 2.7.1975 in "Note sur la lettre d'intention" sowie Bodenstein/Eberth aaO. S. 68.

und cause licite" (Art. 1108 Cc), also die Zustimmung der Partei, die sich verpflichtet, die Geschäftsfähigkeit, der Vertragsgegenstand und eine rechtmäßige causa (= Geschäftsgrundlage)¹⁾. Eine Erklärung im Sinne eines Angebots zum Abschluß eines Vertrages unter Anwesenden, die vom Empfänger sogleich angenommen werden kann, bietet keine besonderen Probleme²⁾.

Eine Erklärung bzw. ein Angebot unter Abwesenden kann dagegen bis zur Annahme j e d e r z e i t widerrufen werden, wenn sich der Erklärende nicht zur Aufrechterhaltung des Angebots (offre) verpflichtet hat.

Eine solche Verpflichtung wird im Zweifel angenommen, wenn der Erklärende für die Annahme eine Frist gesetzt hat³⁾. Als "sichere Methode", eine Bindung herbeizuführen, wird daher in der Literatur empfohlen, die Bindungswirkung vertraglich zu vereinbaren, "damit der Angebotsempfänger ein Optionsrecht hat, vermöge dessen er den Vertrag durch einseitige Erklärungen zustandebringen kann"⁴⁾. Die Annahme eines Angebots kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen⁵⁾, ist aber im Zweifel empfangsbedürftig⁶⁾. Voraussetzung ist jedoch, daß es sich um die Annahme einer rechtlich als Angebot zu wertenden Erklärung handelt, d.h. eine "Willenseinigung zustandekommt, die sich auf die Begründung einer V e r p f l i c h t u n g richtet"⁷⁾. Eine solche Wertung wird gerade im Hinblick auf die Patronatserklärung als "acte unilateral" in Frage gestellt. Folglich wäre die Annahme einer Patronatserklärung durch die Bank ohne rechtliche Bedeutung⁸⁾.

1) Ferid aaO. 1 E 74/75;
Bodenstein/Eberth aaO. S. 16.

2) Bodenstein/Eberth aaO. S. 16/17.

3) Ferid aaO. 1 E 94.

4) Ferid aaO. 1 E 94.

5) Ferid aaO. 1 E 100.

6) Ferid aaO. 1 E 101. 7) Ferid aaO. 1 E 56.

8) Gleichwohl ist die Annahme durch die Bank zu empfehlen, solange keine (höchstrichterliche) Rechtsprechung zur Patronatserklärung vorliegt (S. 124).

Mit Rücksicht auf die nach französischem Recht bestehende Besonderheit kann daher eine Patronats-erklärung, vorbehaltlich höchstrichterlicher Rechtsprechung, nur als "moralisches Engagement" angesehen werden¹⁾. Dementsprechend hat die Association Professionnelle des Banques im Jahre 1975 unter Bezugnahme auf eine Äußerung vom 30. Okt. 1973 seinen Mitgliedern ein Gutachten über Patronatserklärungen zur Verfügung gestellt und empfohlen, diese allenfalls von Gesellschaften mit einwandfreier Reputation hereinzunehmen²⁾.

Gebräuchliche französische Texte sind etwa³⁾:

"Nous avons l'honneur de vous confirmer que nous sommes d'accord pour que vous mettiez à la disposition de notre filiale (Firma der Tochtergesellschaft) dont nous détenons ...% du capital et dont nous assurons la Direction générale les facilités pouvant atteindre la somme de (Währung, Summe in Zahlen und Buchstaben) pour une durée de "

oder

"Nous vous confirmons que notre société continuera à détenir, directement ou indirectement, la majorité du capital de (Firma der Tochtergesellschaft)."

- 1) Parere vom 30.10.1973 = Annex der Mitteilung S.116 Fn. 1. a.A. Tribunal de Commerce vom 13.10.1981 S. 1.
- 2) Veröffentlichung des Délégué Général Y. Marcille vom 2.7.1975;
vgl. auch Bodenstein-Eberth aaO. S. 67 und Länderbericht Gerth aaO. S. 377/378 u. dortige Fußnote 2.
- 3) Beispiele aus Bodenstein-Eberth S. 141, 142 u. 69.

oder

"Il est bien entendu que nous serons responsables envers vous de la bonne fin de ce crédit, tant en ce qui concerne le principal que les intérêts et accessoires."

oder

"Nous prendrons, le cas échéant, toutes les dispositions nécessaires pour que les fonds nécessaires au remboursement du crédit consenti soient à la disposition de notre filiale pour qu'elle puisse faire face à ses engagements relatifs à cette opération envers votre établissement en temps utile."

oder

"Il a été la politique constante de notre société(mère) de faire en sorte qu'aucun établissement de crédit n'encoure aucune perte du fait de ses opérations avec la société(filiale)."

und

"En accord avec cette politique, nous vous confirmons par la présente que nous ferons tout le nécessaire pour que notre filiale (Name) dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements envers vous au titre de (nähere Bezeichnung des Kredits) pendant toute la durée des engagements en cours ou à venir de

manière à ce que les fonds nécessaires au remboursement des crédits consentis soient à votre disposition en temps utile."

oder

"Nous veillerons à ce que (Name der Tochtergesellschaft) remplisse ses engagements à votre égard, tant en ce qui concerne le principal que les frais et accessoires."

Der Erwähnung der Laufzeit des Kredits im ersten Beispiel einer Patronatserklärung auf S. 118 kommt, wie einleitend zu diesem Abschnitt ausgeführt, die Bedeutung zu, daß damit auch die Patronatserklärung evtl. befristet wird. Anderenfalls wäre sie, sofern sie überhaupt ein Vertragsangebot darstellen sollte, als einseitige Erklärung jederzeit widerrufbar¹⁾.

Der Gebrauch einer Patronatserklärung in Frankreich läßt sich nicht nur damit begründen, daß eine Muttergesellschaft, die die Erklärung abgibt, womöglich einen Bilanzausweis vermeiden möchte²⁾, sondern erklärt sich auch daraus, daß vielfach die für

- 1) Association Professionnelle des Banques aaO. S. 4;
Bodenstein-Eberth aaO. S. 68.
- 2) Jacques Terray "La Lettre de Confort" in Le Droit et la Banque Mars 1980 No 393 S. 329 sowie Thierry Masset "Le traitement des engagements des sociétés-mères au profit de leurs filiales" in Analyse financière-1^{er} trimestre 1975 S. 24 ff.

Bürgschaften nach interner gesellschaftsrechtlicher Regelung erforderliche Zustimmung des Verwaltungsrates (Conseil d'Administration) und eine devisenrechtliche Genehmigung vermieden werden sollen, die insbesondere für Bürgschaften und Garantien vorgeschrieben ist¹⁾. Letzteres ist jedoch seit geraumer Zeit nur noch von untergeordneter Bedeutung:

Mit einem im Journal officiel vom 17. Juli 1977 veröffentlichten Rundschreiben des Wirtschafts- und Finanzministeriums an die als intermédiaires agréés zugelassenen Banken vom 28. Juni 1977 sind Patronats- erklärungen devisenrechtlich den Bürgschaften²⁾ gleichgestellt worden, die Zahlungen des Erklärenden für Rechnung oder zu Gunsten eines Unternehmens nach sich ziehen können, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben wurde. Nicht erfaßt werden sollen Patronatserklärungen, in denen die Muttergesellschaft sich lediglich zur Beibehaltung ihrer Beteiligung an der Tochtergesellschaft verpflichtet, solange diese ihre Kreditverbindlichkeiten

1) Terray aaO. S. 329 und Fußnote 2).

2) Bodenstein-Eberth aaO. S. 46 ff; Internationale Wirtschaftsbriefe Frankreich Fach 5 Gruppe 3 S. 15 und 218; Beisswingert "Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht" 1975 Rn. 89; Reinecker in "Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern" Teil II: Frankreich Hrsg. Hadding/Schneider 1978 Rn. 50 ff.
Das o.g. Rundschreiben ist durch Rundschreiben vom 6.8.1980 und 5.2.1981 (Reglementation des changes S. 442 ff) modifiziert worden. Demgemäß unterliegen Garantien, Bürgschaften und "lettres d'intention" im grenzüberschreitenden Verkehr der Genehmigungspflicht, wenn sie nicht den Charakter einer "d'investissement direct" (= i.S. bestimmter Abhängigkeit oder Kontrolle von einer bzw. durch eine französische Gesellschaft) haben, nicht aber, wenn sie eine "Direktinvestition" darstellen. Im zuletzt genannten Fall unterliegt jedoch der Transfer von Zahlungen ins Ausland auch den besonderen französischen Transferbedingungen.

nicht erfüllt hat¹⁾. Damit sind Patronatserklärungen keineswegs abschließend rechtlich klassifiziert oder sanktioniert, wenn sie unter die devisenrechtlichen Bestimmungen fallen. Es bleibt weiterhin der Literatur und Rechtsprechung vorbehalten, die in der Praxis vorkommenden Patronatserklärungen auf ihren rechtlichen Gehalt hin zu untersuchen²⁾. Gleichwohl sind die devisenrechtlichen Bestimmungen insoweit bedeutsam, als ein französisches Gericht ein Engagement bereits als nichtig betrachten würde, wenn es nicht den devisenrechtlichen Regeln entspricht³⁾.

Namentlich Terray sieht in den Patronatserklärungen mit dem Wortlaut:

"Je veillerai en toutes circonstances à ce que ma filiale dispose des fonds nécessaires pour rembourser votre crédit."

"Je ferai en sorte que "

"Je m'engage envers vous à ce que ma filiale dispose en toutes circonstances "

"Si tel ou tel événement survenait, soit je mettrai ma filiale en mesure de rembourser votre crédit par anticipation, soit je vous fournirai un acte de caution en bonne forme."

ein formelles und festes Engagement (obligation de paiement), das den Patron zu Zahlungen an die Tochtergesellschaft verpflichtet und diesen bei Nichterfüllung Schadensersatzansprüchen der Bank wegen Vertragsver-

1) Bodenstein-Eberth aaO. S. 69;
Gerth aaO. S. 384.

2) Terray aaO. S. 333.

3) Bodenstein-Eberth aaO. S. 28: "Auch Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung solcher Verpflichtungen werden nicht anerkannt." - Ob demgemäß ein französisches Gericht darauf eingehen würde, daß zur Herstellung der Klagbarkeit die Forderung an einen Deviseninländer im Sitzstaat der ausländischen Muttergesellschaft (unter Änderung des Klageantrages) abgetreten wird, BGH vom 8.3.1979 WM 1979,486, Gerth aaO. 2. Aufl.S. 362, erscheint zweifelhaft.
La Semaine Juridique 1971 G IV S. 243 (Amiens vom 22.2.1971); Revue critique de droit international privé 1977,103 (Cour de cassation vom 3.2.1976).

letzung aussetzt¹⁾. Dabei berücksichtigt er nicht zuletzt die mit einer Bürgschaft vergleichbare Erscheinung in Form der Dreiecksbeziehung der Beteiligten untereinander und der "Rolle" der Muttergesellschaft, "a rassurer le créancier sur les chances qu'il a de recevoir son paiement" (S. 330).

Insofern hält er es für gerechtfertigt, dieselben vorbeugenden Maßnahmen zu ergreifen wie bei Bürgschaften, nämlich die Zustimmung des Verwaltungsrates, die Einholung einer devisenrechtlichen Genehmigung und den Ausweis unter dem Bilanzstrich²⁾.

Ferner betrachtet Terray diese Patronatserklärungen unter dem Aspekt einer "obligation de résultat" im Sinne einer Erfolgsgarantie und hebt - trotz des von ihm aufgezeigten Widerspruchs der Qualifikation als Bürgschaft und zugleich Erfolgsgarantie - das gemeinsame Element hervor, das auf Schadloshaltung des Gläubigers abzielt³⁾.

Die Patronatserklärungen anderer "Kategorien" wie die Erklärung zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung oder Geschäftspolitik fallen seiner Meinung nach nicht unter die Bürgschaftsregeln, zumal diese eine restriktive Auslegung verlangen (Art. 2015 Code civil)⁴⁾. Ein

1) Terray aaO. S. 334.

2) Terray aaO. S. 334, vgl. auch die Darstellung in deutscher Sprache Gerth aaO. 2. Aufl. S. 387 ff.

3) Auf die übrigen von ihm gezogenen Parallelen zur Haftung für Untergebene oder der obligation de moyens (Haftung für eine auf Tätigkeit gerichtete Verpflichtung) oder "responsabilité pour faute" i.S. eines Mißbrauchs von bei der Bank erwecktem Vertrauen bei Abgabe von Patronatserklärungen (auch "weicher" Patronatserklärungen) sei lediglich verwiesen. - Terray aaO. S. 335/336/337; ebenso wie oben Tribunal de Commerce v.13.10.1981 S.1.

4) Terray aaO. S. 334/335 Art. 2015 Cc: "le cautionnement ne se présume pas."

implicites oder eventuelles Engagement spricht er ihnen im Einzelfall aber auch nicht ab¹⁾.

2. Besonderheiten nach französischem materiellen Recht

Bei der Hereinnahme einer Patronatserklärung einer französischen Muttergesellschaft sollten im übrigen die folgenden Eigenarten des französischen Rechts berücksichtigt werden:

Mit Rücksicht auf das (für den Handel seit dem 5. 1. 1977 in Kraft befindliche) Gesetz vom 31. 12. 1975 über die Verwendung der französischen Sprache sollte der Text einer Patronatserklärung in französischer Sprache abgefaßt oder dem deutschen Text eine Übersetzung beigefügt werden, die von der Muttergesellschaft abzuzeichnen ist²⁾.

Ferner empfiehlt sich nicht nur die ausdrückliche Annahme der Patronatserklärung durch die Bank³⁾, um den Charakter eines zweiseitigen Engagements hervorzuheben, sondern auch die Ausfertigung von je einem Original

- 1) Terray aaO. S. 334 1. Sp.;
Gerth aaO. 2. Aufl. S. 377.

Eine Abgrenzung zum Kreditauftrag erübrigt sich, da das französische Recht den Kreditauftrag i.S. § 778 BGB nicht kennt. Aufträge werden nach Auftragsgrundsätzen abgewickelt (Bodenstein-Eberth aaO. S. 70). Garantien als abstrakte Sicherheit sind nicht eigens von der Rechtsprechung entwickelt worden. In der Praxis ist die "bürgschaftsähnliche Garantie" gebräuchlich, in der möglichst Zahlung auf erste Anforderung versprochen und auf Einreden jeder Art verzichtet wird (Bodenstein-Eberth aaO. S. 65, Kleiner aaO. S. 124). Insoweit erklärt sich der von Terray primär vollzogene Vergleich mit der Bürgschaft.

- 2) Bodenstein-Eberth aaO. S. 24;
Soulas de Russel "Auswirkungen des Gesetzes über die Verwendung der französischen Sprache" RIW/AWD 1976, 694.
- 3) "Note sur la lettre d'intention" der Association Professionnelle des Banques aaO. S. 3;
Bodenstein-Eberth aaO. S. 68; - Der für den Beweis erforderliche "bon-pour-Vermerk" gilt für Kaufleute grundsätzlich nicht, ist bei Bürgschaften aber gebräuchlich, Bodenstein-Eberth aaO. S. 50.

für jede Partei¹⁾.

3. Schadensersatz bei Verzug oder Nichterfüllung

Für den Fall, daß die französischen Gerichte Verpflichtungen aus einer Patronatserklärung als vertragliche Verpflichtungen anerkennen, also die von der Bank angenommene Patronatserklärung als einseitig verpflichtenden, gegenseitigen Vertrag werten, lösen etwaige Leistungsstörungen im Rahmen eines solchen Vertrages die nachstehenden Rechtsfolgen aus:

Nach der Sonderregelung des Art. 1184 Code civil hat der Vertragspartner, dem gegenüber die Leistung zu erbringen ist, das Recht, entweder vom anderen Vertragspartner Erfüllung zu verlangen oder im Gerichtswege vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (sogenannte *dommages et intérêts*). Der Richter entscheidet bei dem Erfüllungsverlangen ggfs., daß zur Erfüllung eine bestimmte Frist gesetzt wird und für jede Verspätung eine Strafe fällig wird²⁾. Erfüllung kann nur solange gefordert werden, wie sie möglich ist.

Schadensersatz aus Vertrag setzt den Verzug des Schuldners voraus, sei es, daß der Gläubiger den Schuldner förmlich in Verzug gesetzt hat³⁾, sei es, daß er

- 1) Bodenstein-Eberth aaO. zu Form- und Beweisvorschriften bei gegenseitigen Verträgen S. 10; eine Beweiserleichterung ist jedoch mit Gesetz vom 12.7.1980 über den Beweis von Rechtsgeschäften entsprechend der Praxis in Handels-sachen gegenüber Kaufleuten erfolgt, wonach Handelsgeschäfte diesen gegenüber durch alle Mittel bewiesen werden können, es sei denn, vom Gesetz sei etwas Abweichendes bestimmt (so Art. 11 des Gesetzes), wiedergegeben von E. Metzger "Das neue französische Gesetz über die erleichterte Mantelzession" RIW/AWD 1981 S. 213 Fußn. 5.
- 2) Beisswingert aaO. S. 16; Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 38 a.E.
- 3) Im Zivilrecht durch sog. *Sommation*, eine vom Gerichtsvollzieher zu überbringende Aufforderung oder durch gleichwertige Akte, insbesondere im Handelsverkehr z.B. durch eingeschriebenen Brief oder Vereinbarung (Art. 1139 Code civil) so Ferid aaO. Rn. 2 C 84 und Sonnenberger aaO. Rn. 14.

anderweitig in Verzug geraten ist.

Ist die Leistung dagegen unmöglich geworden, ist zur Geltendmachung des Erfüllungsschadens (dommages-intérêts compensatoires) Verzug entbehrlich¹⁾.

Grundsätzlich wird die nicht rechtzeitige Erfüllung im französischen Recht als eine Form der teilweisen Nichterfüllung im Gegensatz zur endgültigen Nichterfüllung behandelt²⁾. Der Verzug kann zur Verschärfung der Leistungspflicht bei Nichterfüllung führen, etwa durch eine Haftung für unverschuldetes Unmöglichwerden³⁾.

Endgültige Nichterfüllung ist insbesondere bei nachträglicher Unmöglichkeit, endgültiger Leistungsverweigerung oder endgültigem Wegfall des Erfüllungsinteresses des Gläubigers an der nicht erbrachten, geschuldeten Leistung gegeben⁴⁾.

Der Schadensersatz bestimmt sich im wesentlichen nach den Art. 1146 ff Code civil. Zu ersetzen ist der Verlust nebst entgangenem Gewinn ("de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé" Art. 1149 Code civil), sofern dieser „direct, actuel et certain“, also im Prinzip kausal herbeigeführt worden ist und der Kausalzusammenhang zweifellos und gewiß feststellbar ist^{4a)} (Art. 1151 Code civil) und der Verlust wenigstens dem Grunde nach bei Vertragsschluß voraussehbar war oder vorausgesehen werden konnte (Art. 1150 Code civil, mit Ausnahme bei dolosem Handeln)⁵⁾.

- 1) Vgl. Fußnote zu Art. 1146 im Code civil Dalloz, 70. Ausgabe 1970/1971; Murad Ferid "Das französische Zivilrecht" Band I 1971 Rn. 2 C 75.
- 2) Ferid aaO. Rn. 2 C 74; Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 38.
- 3) Ferid aaO. Rn. 2 C 76.
- 4) Ferid aaO. Rn. 2 C 8. 4a) Ferid aaO. 2 B 97.
- 5) Ferid aaO. Rn. 2 B 86 ff.

Für die subjektive Seite gilt mangels besonderer gesetzlicher Regelung im Vertragsrecht (etwa entsprechend § 276 BGB) das nicht immer eindeutig gehandhabte Verschuldensprinzip und die in dem Zusammenhang entwickelte gesetzliche Vermutung, nach der die Nichterfüllung bis zum Beweis des Gegenteils insbesondere im Falle höherer Gewalt (Art. 1147 Code civil) als verschuldet anzunehmen ist, jedenfalls bei einer auf einen Erfolg gerichteten Verpflichtung (obligation de résultat), anders bei der auf eine Tätigkeit abzielenden Verpflichtung (obligation de moyens), bei der dem Gläubiger die Beweislast bezüglich eines Verschuldens obliegt¹⁾. Doloses Handeln beeinflusst das Ausmaß des zu ersetzenden Schadens (Art. 1150 Code civil). Mitverschulden des Vertragspartners ist im Gesetz nicht positiv geregelt. Es ist in der Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden und wird vom Richter nach freier Abschätzung berücksichtigt²⁾. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schadensberechnung ist der Zeitpunkt des Urteils. Dieser Zeitpunkt bestimmt auch den Geldwert der zu erbringenden Leistung³⁾. Ob sich die Beteiligten in dem eingangs geschilderten Rechtsstreit über den auch der Bank durch verzögerte Zahlung ggfs. entstandenen Schaden aus der Kursänderung

1) Ferid aaO. Rn. 2 C 15 ff sowie 2 C 21 i.V. 2 A 50.

2) Ferid aaO. Rn. 2 B 100/101.

3) Ferid aaO. Rn. 2 B 108.

der Kreditwährung Rupien anderweitig geeinigt haben, muß offenbleiben. Denkbar wäre, daß sie sich stillschweigend darüber verglichen haben oder die Bank der französischen Muttergesellschaft die Kreditsforderung im Gegenzug mit der Maßgabe abgetreten hat, ihr eine etwaige Differenz bei erfolgreicher Durchsetzung auszukehren. Grundlage eines Schadensersatzanspruchs wäre hier jedenfalls schuldhafter Leistungsverzug bzw. Nichterfüllung seitens der französischen Muttergesellschaft gewesen.

4. Zur Abtretung

Für die Abtretung einer Forderung nach französischem Recht sind nach den Artikeln 1689 - 1701 Code civil besondere Formvorschriften zu beachten. Nach Art. 1690 Cc ist der Forderungserwerb erst vollendet, wenn er dem Schuldner förmlich durch Gerichtsvollzieher im Auftrag des Zessionars oder Zedenten mitgeteilt wird (signification) oder der Schuldner die Annahme der

Übertragung in öffentlicher Urkunde erklärt¹⁾.

Dies würde für die Abtretung der Hauptforderung (bei Anwendung französischen Rechts) und der Rechte aus einer (französischen) Patronatserklärung gelten.

- 1) Staudinger-Firsching aaO. Rn. 35/6;
Bodenstein-Eberth aaO. S. 76/77;
Reinecker aaO. Rn. 24;
eine Ausnahme von diesem Prinzip galt bisher nur bei der Wechselbegebung gemäß Art. 16 Code de commerce. Abweichend vom deutschen Wechselrecht kann der Gläubiger nach Handelsbrauch auf seinen Schuldner einen Wechsel ziehen, mit dessen Indossierung (vor oder nach Akzept) die Deckungsforderung ("provision") auf den Wechselwerber übergeht. Der Inhaber kann dem Bezogenen - auch ohne dessen Akzept - ohne weitere Formalitäten verbieten, an den ursprünglichen Gläubiger zu zahlen und die Deckungsforderung im Vergleichs- oder Konkursverfahren für sich "retten".
Vgl. dazu Metzger "Das neue französische Gesetz über die erleichterte Mantelzession" in RIW/AWD 1981, 213 ff (214),
Schettler-Büeler "Das Wechsel- und Scheckrecht aller Länder" Frankreich (Erg.Lfg. Juli 1980) Art. 116 nebst Fußnote.

Ferner gibt es neuerdings Ausnahmen gemäß Gesetz vom 2.1.1981, nach dem Loi Nr. 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises jo 3.1.1981 S. 150 zur Abtretung zu Gunsten eines Kreditinstituts mittels Liste oder Aufstellung (bordereau). Der gute Glaube des Schuldners wird durch Mitteilung (Form ist zur Zeit noch nicht bekannt) nach Art. 5 des Gesetzes zerstört.

Anderenfalls kann ein Forderungserwerb formlos nur über die sog. subrogation nach Art. 1250 Abs. 1 Cc wie bisher im factoring-Geschäft bewerkstelligt werden, vgl. dazu Metzger aaO. RIW/AWD 1981, 214.

V. Zusammenfassung

Die Gegenüberstellung von Patronatserklärungen nach deutschem, schweizerischem, englischem und französischem Recht zeigt, daß nach den vier besprochenen Rechtsordnungen wesentliche Unterschiede in materieller und formeller Hinsicht gegeben sind. Im Gegensatz zu anderen Erscheinungen bankrechtlicher Art, wie etwa den "Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumenten-Akkreditive"¹⁾ (Revision 1974), hat sich also keineswegs ein übereinstimmender internationaler Handelsbrauch entwickelt, der die rechtliche Beurteilung von Patronatserklärungen im Sinne einheitlicher Lösungen beeinflussen würde. Noch verfehlt wäre es, in bezug auf Patronatserklärungen eine einheitliche, übernational geltende "lex mercatoria"²⁾ oder ein derartiges "transnationales Recht" anzunehmen bzw. von "allgemeinen Rechtsgrundsätzen" auszugehen.³⁾ Das Gegenteil ist der Fall.

Die U n t e r s c h i e d e zwischen dem jeweiligen materiellen Recht lassen sich in bezug auf die genannten ausländischen Rechtsordnungen wie folgt zusammenfassen:

Nach Schweizer Recht ist nicht ausgeschlossen, daß die an sich brauchbare Patronatserklärung mit Ausstattungsverpflichtung (Beispiel Nr. 2 S. 90) den Formvorschriften des Bürgschaftsrechts (Art. 493 OR)

- 1) Publikation No. 290 der Internationalen Handelskammer, Paris;
vgl. auch Text bei Zahn aaO. S. 262;
Kropholler "Internationales Einheitsrecht" S. 85;
weitere Beispiele auch bei Kegel aaO. S. 47 und
Ferdinand Müller "Neue Inkasso-Richtlinien der Internationalen Handelskammer" Die Bank 1978, 545 ff.
- 2) Kropholler "Internationales Einheitsrecht" S. 121/122.
- 3) Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. I Rn. A 199 ff.

unterliegt. Fehlt demgemäß eine ausdrückliche Begrenzung der Höhe nach, so könnte die Patronatserklärung unwirksam sein¹⁾.

Nach englischem Recht gilt die Patronatserklärung nur soweit, wie ihr ausdrücklicher Wortlaut reicht (plain meaning rule). Im übrigen können Schadensersatzansprüche vor allem bei Verletzung der Zusage gemäß Beispiel Nr. 5 S. 106 bis zur Höhe der gesamten von der Tochtergesellschaft geschuldeten Kreditsumme erst durchgesetzt werden, wenn das englische Gericht eine andere Schadensfolge nicht für angemessen hält²⁾.

Nach französischem Recht wird die Patronatserklärung mit Rücksicht auf ihren äußerlich einseitigen Charakter schlechthin in Frage gestellt, obwohl die sogenannte "harte" Patronatserklärung offiziell devisenrechtlich erfaßt ist. Außerdem sind die Rechtsfolgen bei Verletzung der in einer Patronatserklärung zugesagten Pflichten nicht gesichert³⁾.

Nach deutschem Recht kann sich eine Muttergesellschaft demgegenüber mit einer Patronatserklärung verbindlich und formfrei verpflichten. Eine "harte" Patronatserklärung mit Ausstattungsverpflichtung führt bei Verletzung dieser Verpflichtung zum Schadensersatz⁴⁾ oder löst anstelle der Ausstattungsverpflichtung die Leistung einer weiteren Sicherheit aus, wenn die Tochtergesellschaft in Zahlungs-

1) S. 93/94.

2) S. 107/109.

3) S. 116/121ff.

4) S. 42.

schwierigkeiten gerät¹⁾. "Weiche" Patronatserklärungen können im Einzelfall, wenn auch nur auf einen bestimmten Geschehensablauf begrenzt, ebenfalls zum Schadensersatz führen²⁾. Eine deutsche Bank wird also durch eine Patronatserklärung nach deutschem Recht bessergestellt als nach den genannten ausländischen Rechtsordnungen.

Bei Auslandsberührung sollte eine deutsche Bank daher versuchen, deutsches Recht durchzusetzen. Wie speziell zur Vermeidung der schweizerischen Formprobleme auf S. 100 ff aufgezeigt, sollte eine deutsche Bank deutsches Recht durch ausdrückliche Rechtswahl (in der Patronatserklärung) zur Anwendung bringen³⁾. Gelingt ihr dies nicht, müßte sie sich darüber Gewißheit verschaffen, welchem Recht die jeweils betroffene Patronatserklärung dann untersteht. Sie müßte zunächst eine Prüfung nach deutschem internationalen Privatrecht vornehmen und, soweit Rück- und Weiterverweisungsfragen auftreten, auch das ausländische Kollisionsrecht einbeziehen.

Nachstehend soll daher die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Patronatserklärung nach deutschem, schweizerischem, englischem und französischem internationalen Privatrecht bzw. internationalen Vertragsrecht untersucht werden.

1) S. 44/51.

2) S. 55 ff.

3) von Westphalen aaO. S. 206.

Teil 3: Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Patronatserklärung

I. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach deutschem internationalen Privatrecht

Im Zusammenhang mit einer Patronatserklärung lassen sich im wesentlichen drei Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten unterscheiden, die kollisionsrechtlich verschiedene Anknüpfungsmöglichkeiten ergeben können, und zwar die Rechtsbeziehung zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft, zwischen der Bank und der Tochtergesellschaft und zwischen der Bank und der Muttergesellschaft.

Die Rechtsbeziehung zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft beruht auf dem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis zwischen ihnen, die Rechtsbeziehung zwischen der Bank und der Tochtergesellschaft speziell auf dem Kreditvertrag und die Rechtsbeziehung zwischen der Bank und der Muttergesellschaft auf der Patronatserklärung.

Das gesellschaftsrechtliche Verhältnis zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft wird kollisionsrechtlich vom Personalstatut der Tochtergesellschaft beherrscht¹⁾.

1) Palandt-Heldrich aaO. nach Art. 10 EGBGB Anm. 2;
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 EGBGB Rn. 218;
Kegel aaO. S. 263;
BGH vom 30.1.1970 BGHZ 53,181 (183).

Anknüpfungspunkt für das Personalstatut ist nach herrschender Meinung der Sitz der Tochtergesellschaft¹⁾. Demgemäß würden sich die Rechte und Pflichten der Muttergesellschaft als Gesellschafterin der Tochtergesellschaft in dem auf S. 1 geschilderten Fall nach deutscher Betrachtungsweise nach indonesischem Recht richten.

Die Patronatserklärung der Muttergesellschaft ist jedoch nicht Teil der mitgliedschaftlichen Beziehung der Muttergesellschaft zur Tochtergesellschaft, obwohl diese Beziehung normalerweise Anlaß für die Abgabe einer Patronatserklärung ist. Eine solche Erklärung ist vielmehr Gegenstand der selbständigen schuldrechtlichen Beziehung zwischen der Muttergesellschaft und der Bank, die, wie noch auszuführen ist, nach den für Schuldverhältnisse geltenden Grundsätzen zu beurteilen und nicht vom gesellschaftsrechtlichen Statut der Tochtergesellschaft geprägt ist. Insofern wird kein Grund gesehen, warum das Personalstatut der Tochtergesellschaft die Verpflichtungen der Muttergesellschaft aus der Patronatserklärung gegenüber der Bank bestimmen sollte.

Für das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und der Tochtergesellschaft gilt, wie gesagt, der Kreditvertrag. Als schuldrechtlicher Vertrag hat er ein eigenes Statut, das sogenannte Schuldstatut²⁾. Es stellt sich somit die Frage, ob die Patronatserklärung dem Statut des Kreditvertrages folgen muß und damit von einem abgeleiteten Statut beherrscht wird.

Wie im materiellrechtlichen Teil zum deutschen Recht S. 13/S. 21 dargelegt, stellt die Patronatserklärung einen

1) Palandt-Heldrich aaO. Nach EGBGB 10 Anm. 2 a); Kegel aaO. S. 262; Hausmann in Reithmann aaO. Rn. 625.

2) Statt vieler Martiny in Reithmann aaO. Rn. 5; Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. v. EGBGB 12 Anm. 2 und 6 c.

wenn auch atypischen Sicherheitenvertrag dar, der in den Bereich der Personalsicherheiten wie (Bürgschaften und) Garantien gehört. Insofern bietet sich eine Anknüpfung entsprechend den Regeln, die für die Bürgschaft und Garantie gelten, an. So ist beispielsweise für die Bürgschaft anerkannt, daß diese ein eigenes Statut hat und vom Statut der Hauptforderung gesondert angeknüpft wird¹⁾. Entsprechend verfährt man bei der (abstrakten) Garantie²⁾.

Gesetzliche Vorschriften gibt es zwar nicht. Unterstützend kann jedoch die Spezialnorm des internationalen Wechselprivatrechts herangezogen werden, wonach eine (abstrakte) Wechselbürgschaft ein eigenes Statut hat³⁾.

Warum die Patronatserklärung anders angeknüpft und etwa dem Schuldstatut des Kreditvertrages unterworfen werden sollte, ist nicht ersichtlich. Ein (aus dem Kreditvertrag) abgeleitetes Statut ist abzulehnen⁴⁾.

- 1) Palandt-Heldrich Kommentar zum BGB, 39. Aufl. 1980 Vorbem. v. EGBGB 12 Anm. a) 6 o;
Staudinger-Firsching Kommentar zum BGB, 10./11. Aufl. 1978 Vor Art. 12 EGBGB Rn. 580;
Martiny in Reithmann "Internationales Vertragsrecht" 3. Aufl. 1980 Rn. 398;
BGH vom 11.3.1970 = NJW 1970,1002;
BGH vom 15.11.1976 = NJW 1977,1011;
"Die Bürgschaft im Recht der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften" VI Anm. 117 ff;
Kegel "Internationales Privatrecht" 4. Aufl. 1977 S.295.
- 2) Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. v. EGBGB 12 Anm. a) 6 o;
Staudinger-Firsching aaO. Rn. 581;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 405.
- 3) Art. 91 - 98 WG, die dem Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Wechselprivatrechts Bek. vom 22.6.1933 (RGBl II S. 377) entnommen sind, Baumbach-Hefermehl WG 12. Aufl. 1978 Anh. 9 b;
BGH vom 29.10.1962, NJW 63,252.
- 4) So auch LG Frankfurt vom 8.3.1977 AG 1977,321, allerdings ohne Begründung;
OLG Frft. vom 18.1.1979 S. 23, 1 U 227/77;
Rümker aaO. WM 1974,996;
Graf von Westphalen aaO. S. 206;
Gerth aaO. 2. Aufl. S. 438;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 406.

Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und der Muttergesellschaft aus der Patronatserklärung ist folglich gesondert zu betrachten. Die Patronatserklärung hat ein eigenes Statut, das selbständig anzuknüpfen ist.

Für die Anknüpfung von Schuldverträgen gibt es keine gesetzliche Regelung. Rechtsprechung und Lehre haben jedoch bestimmte Grundsätze aufgestellt, denen stufenweise zu folgen ist.

1. Grundsatz der Parteiautonomie

Bei Auslandsberührung sind die Beteiligten (z.B. die inländische Bank und die ausländische Muttergesellschaft) nach dem (in der Bundesrepublik) geltenden gewohnheitsrechtlichen Grundsatz der Parteiautonomie¹⁾ berechtigt, das für ihren schuldrechtlichen Vertrag maßgebliche Recht frei zu wählen. Sie haben die Wahl zwischen ihrem jeweiligen Heimatrecht oder einem neutralen Recht, sofern ein aner kennenswertes Interesse an dem gewählten Recht erkennbar ist²⁾. Mit der Rechtswahl schliessen sie einen sogenannten Verweisungsvertrag ab, mit dem sie ihren Hauptvertrag einer

- 1) Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. v. EGBGB 12 Anm. a) 2 a; Staudinger-Firsching aaO. Rn. 309 ff; Martiny in Reithmann aaO. Rn. 5; Sandrock/Steinschulte "Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung" Band 1 1980, Rn. A 1; Kegel aaO. S. 289 ff.
- 2) So die überwiegend neuere Lehre, Sandrock/Steinschulte aaO. Rn. A 28; Palandt-Heldrich aaO. 2 a) aa); Kegel aaO. S. 290; Martiny in Reithmann aaO. Rn. 10; Schütze "Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Auslandsgeschäften" Der Betrieb 1978, 2301 (2303); vgl. auch § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz vom 9.12.1976, BGBI I S. 3317, und dazu Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. 1978 S. 285 Rn. 7 und 8; Bendref "Vereinbarung neutralen Rechts in internationalen Verträgen" RIW/AWD 1980, 386, der auf die oben zitierte neuere Tendenz in der Lehre verweist und im Umkehrschluß zu § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz für die Vereinbarung neutralen Rechts außerhalb des Gebietes der AGB keine Schranke sieht.

bestimmten Rechtsordnung (den materiellen Regeln des verweisenden Rechts) unterstellen¹⁾. Mit Hauptvertrag ist in diesem Zusammenhang die Patronatserklärung gemeint und nicht der Kreditvertrag zwischen der Bank und der Tochtergesellschaft, der jedenfalls nach der Terminologie aus dem Bürgschaftsrecht in bezug auf die Patronatserklärung "Hauptvertrag" sein könnte²⁾.

Ober den Abschluß eines Verweisungsvertrages sind sich die Parteien normalerweise nicht bewußt, da sie, wenn sie von ihrer Parteiautonomie Gebrauch machen, die Rechtswahlklausel in den Hauptvertrag, also in die Patronatserklärung aufn ehmen. In der Regel wird der gesamte (Sicherheiten-)Vertrag (einschließlich

1) Sandrock/Steinschulte aaO. A 120;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 7 und 90;
BGH vom 29.11.1961 = AWD 1962,52.

2) Vgl. § 766 BGB, der von der Hauptverbindlichkeit spricht.

Im übrigen soll die Bezeichnung der Patronatserklärung als "Hauptvertrag" zur Unterscheidung zum Verweisungsvertrag auch beibehalten werden, wenn wie nach französischem Recht, die Patronatserklärung als einseitige Erklärung gilt. Grundsätzlich können die Parteien mit ihrer Rechtswahl Teile, also Verpflichtungen nur einer Partei, einer bestimmten Rechtswahl unterstellen, vgl. Palandt-Heldrich aaO. Vorbem.

v. EGBGB 12 Anm. 2 a) aa;

Kegel aaO. S. 291;

Martiny in Reithmann aaO. Rn. 11;

Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 144 am Ende,

vgl. im übrigen die Ausführungen zur sogenannten kleinen Vertragsspaltung S. 138.

seiner Form)¹⁾ einem einheitlichen Recht unterstellt²⁾, obwohl eine Teilverweisung grundsätzlich zulässig wäre³⁾. So wird die sogenannte große Vertragsspaltung (die Beurteilung des Zustandekommens des Vertrages und der Rechtsfolgen daraus nach unterschiedlichen Rechtsordnungen⁴⁾) oder die kleine Vertragsspaltung (Aufspaltung in Teilstücke und Beurteilung der Verpflichtungen der Parteien nach unterschiedlichen Rechtsordnungen⁵⁾) vermieden.

Davon gesondert sind die sogenannten Wirkungsvoraussetzungen wie Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit (Art. 7 EGBGB) sowie die Vollmacht,

- 1) Art. 11 EGBGB; sonst statt des Geschäftsrechts bzw. Rechts des Schuldstatuts Ortsrecht, sofern sie nicht zusammenfallen, keine dingliche Verfügung ansteht (Art. 11 Abs. 2 EGBGB) oder das Geschäft dem Ortsrecht nicht unbekannt ist, so Kegel aaO. S. 279 ff; und statt vieler Reithmann aaO. Rn. 242 ff; vgl. auch Art. 9 der 2. Fassung des EG-Entwurfs vom 19. Juni 1980 "Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht", Sandrock aaO. Bd. 2 Anhang A II; OLG Frankfurt vom 10.4.1981 WM 1981,946.
- 2) Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 431; Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. v. EGBGB 12 Anm. 2 a) aa); Sandrock/Steinschulte aaO. A 93 ff.
- 3) Vgl. Fußnote 2); Kegel aaO. S. 291; Martiny in Reithmann aaO. Rn. 11.
- 4) Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 146; Sandrock/Steinschulte aaO. A 96.
- 5) Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 148; Sandrock/Steinschulte aaO. A 99.

Stellvertretung und Verfügungsbefugnis anzuknüpfen¹⁾.

Die Grenzen der Parteiautonomie ergeben sich im Einzelfall aus zwingendem deutschem Recht, öffentlich-rechtlichen Normen wie dem Börsen-, Kartell- und Außenwirtschaftsrecht²⁾ oder aus dem sog. Ordre Public (Art. 30 EGBGB)³⁾. Letzterer soll dafür sorgen, daß Verstöße gegen die guten Sitten und gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes vermieden werden, was jedoch im vorliegenden Zusammenhang praktisch kaum von Bedeutung sein dürfte. Ferner kann sich eine Grenze ausnahmsweise aus ausländischen öffentlich-

1) zur Anknüpfung:u.a.

zum Personalstatut gemäß Heimatrecht für die Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit Kegel aaO. S. 246/255; Palandt-Heldrich aaO. EGBGB 7 Anm. 2 u. Anh. zu Art. 7; zum Vollmachtsstatut und der begrenzt zuzulassenden Parteiautonomie des Vollmachtgebers Hausmann in Reithmann aaO. Rn. 678; zur Prokura und Handlungsvollmacht nach dem Sitzrecht des Unternehmens Hausmann aaO. Rn. 680; zum Vollmachtsstatut, das dem Recht des Wirkungslandes unterfallen soll, Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 222, Peter Müller in Sandrock aaO. Bd. 2 D 10 ff; zur kaufmännischen Vollmacht nach dem Recht der Niederlassung jedenfalls bei fester Niederlassung Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 228; Peter Müller aaO. D 17/18, der auch hier zum Wirkungsland tendiert; zur Vollmacht nach dem Recht des Gebrauchsortes Kegel aaO. S. 277;

In der Praxis überzeugt sich eine Bank hiervon in der Regel durch Einsicht in das zuständige Handelsregister, von der Muttergesellschaft vorzulegende Registerauszüge, Boardbeschlüsse (insbesondere in Frankreich für die Übernahme einer Bürgschaft durch eine französische Gesellschaft erforderlich, und für die Patronatserklärung empfohlen (Terray aaO. S. 329) oder Einsicht in die Legitimationsunterlagen, die der Bank dann zur Verfügung stehen, wenn die Muttergesellschaft zufällig bereits Kundin des Hauses ist (wegen § 154 AO).

2) Sandrock/Steinschulte aaO. A 135 ff;

zum Börsenrecht: speziell Sandrock/Steinschulte aaO. A 143 (151,152); vgl. auch Stephan Steuer in "Die Bank" 1979,556 (558); Kümpel in WM 1978,862; Stephan Steuer in "Die Bank" 1980,87 (zu BGH vom 15.10.1979 = WM 1979,1381) und S.T. in "Die Bank" 1980,88 (zu OLG Frft. vom 12.6.1979 = WM 1979,1251); BGH vom 16.3.1981 WM 1981,711; BGH vom 25.5.1981 WM 1981,758.

3) Sandrock/Steinschulte aaO. Rn. 171,172;

Reithmann aaO. Rn. 225, und Art. 16 der 2. Fassung des EG-Entwurfs vom Juni 1980, abgedruckt in Sandrock aaO. Bd. 2 Anhang A II.

rechtlichen Normen ergeben wie z.B. dem Devisenrecht des Heimatrechts der Muttergesellschaft¹⁾. Ausländisches öffentliches Recht endet zwar an den Staatsgrenzen (Territorialitätsprinzip)²⁾. Im Bereich des Devisenrechts gibt es jedoch eine Besonderheit. Nach dem Abkommen von Bretton Woods vom Juli 1944³⁾ haben sich die Mitgliedsstaaten (u.a. die Bundesrepublik, England und Frankreich) verpflichtet, die öffentlich-rechtlichen Devisenvorschriften des anderen Mitgliedsstaates anzuerkennen. Demgemäß kann aus Devisenkontrakten, die die Währung eines Mitglieds berühren und die im Gegensatz stehen zu den von dem Mitglied in Übereinstimmung mit diesem Abkommen aufrechterhaltenen oder eingeführten Devisenkontrollbestimmungen, in den Gebieten der Mitglieder nicht geklagt werden (sie sind "unenforceable" Art. 8 Abschnitt 2 b des Bretton-Woods Abkommens). Auch ein Zugriff auf inländisches Vermögen der ausländischen Muttergesellschaft wäre bei einem Verstoß gegen eine ausländische Devisenvorschrift nicht möglich, es sei denn, daß sie ausdrücklich mit ihrem außerhalb ihres Heimatlandes befindlichen Vermögen haften wollte⁴⁾.

In bezug auf England hat das vorgenannte Abkommen z.Zt. keine praktische Bedeutung. Wie oben erwähnt, hat England seine devisenrechtlichen Beschränkungen in 1979 aufgehoben⁵⁾.

- 1) Sandrock/Steinschulte aaO. Rn. 183 ff (187); "Bankrecht und Bankpraxis" II 1979 Jens Nielsen Rn. 5/41.
- 2) Sandrock/Steinschulte aaO. Rn. 184/5; BGH vom 17.12.1959, BGHZ 31,367 (371,373); Nielsen aaO. Rn. 5/526.
- 3) BGBI II 1952 S. 637/728.
- 4) Sandrock/Steinschulte aaO. Rn. A 191; Nielsen aaO. Rn. 5/41 und 5/530 und ausführlich in "Die Bank" 1980 S. 80 "Zahlungsbedingungen im Auslandsgeschäft"; Rümker aaO. WM 1974,998; "Unklagbare Ansprüche aus Devisenkontrakten" Die Bank 1977, Heft 7 - 8 S. 47; BGH vom 8.3.1979 WM 1979,486.
- 5) Handelsblatt vom 24.10.1979 S. 1.

Die Schweiz ist dem Abkommen nicht beigetreten, so daß es für die Rechtsbeziehung einer deutschen Bank zu einer Schweizer Muttergesellschaft keine Rolle spielt. Zur Zeit bestehen auch in der Schweiz keine devisa-rechtlichen Beschränkungen¹⁾.

In bezug auf Frankreich entfaltet die devisa-rechtliche Regelung des Bretton-Woods-Abkommens dagegen seine volle Wirkung. Frankreich hat den Kapitalverkehr durch strenge Devisenvorschriften reglementiert²⁾. Daß das französische Devisenrecht zwischen einer vorherigen Genehmigung, einer vorherigen Meldung und einer Berichterstattung unterscheidet, soll hier nicht näher erläutert werden. Für Bürgschaften bzw. Garantien und, wie auf S. 121 bereits erwähnt, für "harte" Patronatserklärungen kann jedenfalls eine devisa-rechtliche Genehmigung erforderlich sein, wenn diese keine "Direktinvestition" darstellen. Darüber hinaus sind in jedem Fall die besonderen französischen Transferbedingungen einzuhalten.

- 1) Die Behandlung eines Vertrages mit einem Nichtmitglied bei Verstoß gegen devisa-rechtliche Bestimmungen ist nicht unbestritten. Dabei geht es um die Frage, ob dieser Vertrag nicht doch nach § 138 BGB nichtig ist, vgl. Sandrock/Steinschulte A 190; Westphalen aaO. S. 69/70; Reithmann aaO. 3. Aufl. Rn. 281; Nielsen aaO. 5/526; demgegenüber wird in der englischen Literatur z.B. bei Verstoß gegen früher geltendes englisches Devisenrecht außerhalb des Abkommens die Verpflichtung nicht als unwirksam angesehen. Sie ist erfüllbar durch Zahlung an das Gericht, Freigabe erfolgt nach Vorlage der Genehmigung, Graveson aaO. S. 450; Vischer aaO. S. 671.
- 2) Bodenstein-Eberth aaO. S. 56; Gerth aaO. 2. Aufl. S. 384; vgl. S. 121 Fußn. 2).

Der Grundsatz der Parteiautonomie ist auch in der zweiten Fassung des Entwurfs eines EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom Juni 1980¹⁾ enthalten (Art. 3), die von den Bevollmächtigten von sieben Vertragsstaaten der Europäischen Gemeinschaften unterzeichnet worden ist.

In Art. 3 Abs. 4 i.V. mit Art. 8, 9 und 11 des Entwurfs wird der oben erwähnten Unterscheidung zwischen dem Verweisungs- und Hauptvertrag Rechnung getragen. Ferner sollen nach Art. 7 des Entwurfs zwingende Vorschriften auch öffentlich-rechtlicher Art, die ein ausländischer Staat erlassen hat, unter bestimmten Voraussetzungen (ohne Beschränkung auf devisenrechtliche Vorschriften) berücksichtigt werden²⁾
k ö n n e n (Art. 7 ist eine Kannvorschrift).

- 1) vom 19.6.1980, abgedr. in Sandrock aaO. Bd. 2 Anh. A II. Unterzeichner sind: Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Irland, Italien, Luxemburg und die Niederlande.
- 2) Kritisch dazu Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 196; Coing "Zur Anwendung zwingender ausländischer Verträge: Art. 7 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht" WM 1981, 810.

2. Ausdrückliche Rechtswahl deutschen Rechts

Normalerweise werden deutsche Banken, die Patronatserklärungen ausländischer Muttergesellschaften hereinnehmen, versuchen, die Geltung deutschen Rechts (besser des Rechts der Bundesrepublik Deutschland¹⁾) durch gesonderten Hinweis in der Patronatserklärung durchzusetzen. Eine ausdrückliche Rechtswahl ergibt sich auch dann, wenn ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen einbezogen werden. In Nr. 26 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen z.B. der privaten Banken wird erklärt, daß das Recht des Erfüllungsortes gelte. Der Erfüllungsort wird eigens definiert als der Ort, an dem sich "die Geschäftsräume der kontoführenden Stelle befinden". Gemeint ist demnach das Recht der Bundesrepublik Deutschland.

Insoweit ist jedoch zu bedenken, daß die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Auslandsberührung im Einzelfall infragegestellt sein kann²⁾ und Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem englischen Partner z.B. nur durch reasonable sufficient

- 1) Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 18.
- 2) Wenn die AGB nicht unterschrieben werden oder kein ausdrücklicher Hinweis auf ihre Geltung gegeben wird bzw. das Heimatrecht des Vertragspartners, das bei Auslandsberührung maßgebend ist, eine schweigende Annahme verbietet - vgl. zur Beurteilung bestimmter Verhaltensweisen nach dem Heimatrecht: BGH vom 22.9.1971 AWD 1971,589, BGH vom 13.7.1973 WM 1973,1238 (wenn nicht der Vertrag in Deutschland geschlossen wird), Beckmann/Sandrock aaO. B 9 ff;
AGB im Geschäftsverkehr mit ausländischen Banken: BGH vom 18.6.1971 WM 1971,987 und BGH vom 18.6.1971 WM 1971,989;
mit ausländischen Kunden: Beckmann/Sandrock aaO. Bd. 1 B 53 und B 56;
Nielsen aaO. 5/10 und 5/9;
BGH vom 7.7.1976 WM 1976,1311 (Einbeziehung nicht ohne ausdrücklichen Hinweis);
Schütze "Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Auslandsgeschäften" in Der Betrieb 1978,2301;
(zur Einbeziehung im kaufmännischen Geschäftsverkehr im Inland u.a. Lindacker "Zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben" WM 1981,702).

notice¹⁾ einbezogen werden können, in bezug auf Frankreich eine ausdrückliche Bestätigung eines Textes möglichst in französischer Sprache²⁾ erforderlich ist und nach Schweizer³⁾ Recht die ausdrückliche Inkorporation oder stillschweigende Anerkennung nur in Ausnahmefällen unter restriktiver Behandlung von Einzelklauseln wie einer Gerichtsstandsklausel zulässig ist. Oberdies ist die Vereinbarung des Erfüllungsortes am Sitz der Bank insofern bedenklich, als einige der in den obengenannten Patronatserklärungen zugesagten "Leistungen" nur am Sitz der Tochtergesellschaft (Überwachung der Leitung) oder am Sitz der Muttergesellschaft (Leistungen gemäß den Beispielfällen Nr. 6 und Nr. 7) erbracht werden können. Die Bestimmung läuft in diesen Fällen praktisch leer und ist nach § 9 bzw. 5 des Gesetzes zur Regelung der Allgemeinen

- 1) Triebel aaO. noch 11 nicht ohne etwaige offene Inhaltskontrolle im Sinne einer Angemessenheitsprüfung;
Thieme/Mitscherlich aaO. AWD 1974, 173.
- 2) Nielsen aaO. 5/34.
Bodenstein-Eberth aaO. S. 24 nicht ohne etwaige einschränkende Inhaltskontrolle;
Klima "Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen durch stillschweigende Annahme im Verhältnis zu Frankreich" AWD 1972, 507;
Metzger "Gerichtsstands- und andere Klauseln im Geschäftsverkehr mit Frankreich" AWD 1974, 377;
Barfuss "Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag nach französischem Recht" RIW/AWD 1975, 319.
- 3) Forstmoser "Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr" S. 14 und 2/21 in "Rechtsprobleme der Bankpraxis" 1976;
Guhl "Das Schweizerische Obligationenrecht (mit Handels- und Wertpapierrecht) S. 119.

Geschäftsbedingungen u.U. sogar unwirksam¹⁾.

Ein gesonderter Hinweis auf die Geltung des Rechts der Bundesrepublik Deutschland ist daher vorzuziehen²⁾.

Ist die Muttergesellschaft ebenfalls in der Bundesrepublik ansässig (nicht aber die Tochtergesellschaft), bedarf es keiner ausdrücklichen Rechtswahl, da anzunehmen ist, daß die inländischen Beteiligten prinzipiell, und zwar stillschweigend, von der inländischen Rechtsordnung als maßgeblichem Recht ausgehen³⁾.

3. Stillschweigende Rechtswahl deutschen Rechts

Gibt eine ausländische Muttergesellschaft "ihre Patronatserklärung" der deutschen Bank herein, so fehlt es in vielen Fällen an einer ausdrücklichen Rechtswahl. Entweder hat die Muttergesellschaft nicht daran gedacht oder diesen Punkt bewußt offen gelassen, oder die Bank hat diesen Punkt nicht aufgegriffen, um die Beziehung zur regelmäßig renommierten Muttergesellschaft nicht zu stören oder um im Streitfall evtl. wegen anderer Anhaltspunkte doch noch deutsches Recht durchsetzen zu können⁴⁾. Die Patronatserklärung könnte nämlich Merkmale

- 1) Zur "objektiven" Auslegung von AGB (nach dem Willen verständiger und redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise) u.a. BGH vom 29.9.1960 BGHZ 33,216; BGH vom 29.4.1974 BGHZ 62,251 (264); Sambuc "Unklarheitenregelung und enge Auslegung von AGB" NJW 1981,313; Ulmer in Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Kommentar 3. Aufl. 1978 § 5 Rn. 6, ferner zu § 9 insbesondere Rn. 15 ff.
- 2) Nielsen aaO. Rn. 5/34.
- 3) Palandt Vorbem. vor EGBGB 12 Anm. 2 a) aa); Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 333 - 336, so auch im schweizerischen Recht Vischer aaO. § 79 Anm. 3 S. 671; u.a. Trinkner "Auslandsberührung als Voraussetzung für die Prorogation eines ausländischen Gerichtsstands" AWD 1973 S. 32 (33); Martiny in Reithmann aaO. Rn. 9.
- 4) Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 67.

aufweisen, die auf eine stillschweigende Rechtswahl schliessen lassen. Merkmale sind (ausgewählt nach ihrer Brauchbarkeit zur Beurteilung im Zusammenhang mit einer Patronatserklärung) z.B.¹⁾ die Verwendung oder die Vereinbarung einer bestimmten Sprache, die Verwendung eines bestimmten Formulars, der Hinweis auf Bestimmungen einer bestimmten Rechtsordnung, die Geltung einer bestimmten Währung, die unwidersprochene Abwicklung bisheriger, gleichartiger Verträge nach deutschem Recht, die Vereinbarung eines Gerichtsstandes oder Schiedsgerichts oder ein übereinstimmendes Verhalten der Parteien im Rechtsstreit²⁾.

Kann die Bank Einfluß auf den Entwurf der Patronatserklärung nehmen, so hält sie sich gewöhnlich an die ihr bekannten, möglichst bindend erscheinenden Formulierungen (vgl. Empfehlung im Bankgeschäftlichen Formularbuch³⁾ sowie in der Literatur⁴⁾), und zwar in deutscher Sprache. Die deutsche Sprache wählt sie aber auch schon deshalb, um gewissen Auslegungsschwierigkeiten

- 1) Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 92;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 16 ff (18);
Kegel aaO. S. 292;
Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. vor EGBGB 12 Anm. a) 2 a) bb).
- 2) U.a. LG Frankfurt vom 8.3.1977 AG 1977, 321.
- 3) (Trost)Schütz aaO. S. 439 und Obermüller demnächst in "Bankrecht und Bankpraxis" Formular 1a und 1 b.
- 4) Vgl. S. 5 Fußn. 1).

(dem Sprachenrisiko) zu entgehen¹⁾. Gelingt es ihr, z.B. bei Erklärungen zu Organschaftsverträgen die entsprechende Anwendung des § 303 AktG (der die Pflicht zur Sicherstellung des Gläubigers nach Beendigung des Unternehmensvertrages regelt) durchzusetzen, und wird überdies der Kredit an die Tochtergesellschaft in Deutscher Mark erwähnt, so läßt sich aus diesen Merkmalen auf den stillschweigenden Willen der Beteiligten schliessen, deutsches Recht zur Anwendung bringen zu wollen.

Die Indizwirkung einer unwidersprochenen Abwicklung bisheriger, gleichartiger Verträge²⁾ kann im Einzelfall vorliegen, wenn die Muttergesellschaft z.B. früher schon Bürgschaften oder Garantien nach deutschem Recht übernommen hatte oder diese Sicherheiten auf Wunsch der Muttergesellschaft ausgetauscht werden. Auf die Wahl eines Gerichtsstandes und/oder Schiedsgerichts wird später noch unter dem Gesichtspunkt der Durchsetzung und Vollstreckung von Rechten aus der Patronatserklärung näher eingegangen³⁾. Der Vereinbarung

- 1) Martiny in Reithmann aaO. Rn. 100; Nielsen aaO. 5/35; seit 1977 ist nach dem Gesetz aus 1975 im Geschäftsverkehr mit Frankreich vorzugsweise die französische Sprache zu gebrauchen, so Bodenstern-Eberth aaO. S. 24; Soulas de Russel "Auswirkungen über die Verwendung der französischen Sprache" RIW/AWD 1976, 694; Jayme in Festschrift für Bärmann "Sprachenrisiko und Internationales Privatrecht beim Bankverkehr mit ausländischen Kunden" S. 509 ff; Zum Sprachenstatut bzw. zur Vertragssprache ausführlich Beckmann/Sandrock aaO. Bd. 1 B 180 ff (185); Beckmann "Die Bedeutung der Vertragssprache im internationalen Wirtschaftsverkehr" RIW/AWD 1981, 79.
- 2) U.a. Martiny in Reithmann aaO. Rn. 59.
- 3) S. 190 und S. 204; u.a. Martiny in Reithmann aaO. Rn. 44 und 46; Palandt aaO. Vorbem. vor EGBGB 12 Anm. a) 2 a) bb); BGH vom 1.7.1964 WM 1964, 1023; BGH vom 3.3.1976 RIW/AWD 1976, 447 (448); BGH vom 28.11.1963 AWD 1964, 61; BGH vom 19.12.1968 AWD 1970, 31; Martiny "Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen und stillschweigende Rechtswahl bei Vertragshändlerverträgen" AWD 1972, 165 (167).

eines Gerichtsstandes oder Schiedsgerichts stehen bei einer Patronatserklärung allerdings insofern Hindernisse entgegen, als die gewöhnlich renommierte Muttergesellschaft nicht mit einem Rechtsstreit rechnet und die Bank ihrerseits keinen Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit und Bonität der Muttergesellschaft aufkommen lassen will. Auf eine Vereinbarung wird daher meistens verzichtet.

4. Ermittlung des sogenannten hypothetischen Parteiwillens

Ist weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Rechtswahl getroffen worden, so ist nach ständiger Rechtsprechung der hypothetische (mutmaßliche) Parteiwille zu ermitteln unter Berücksichtigung rein objektiver Gesichtspunkte. Wesentlich ist dabei die Feststellung, wo sich der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses befindet¹⁾, oder, nach neuerer Lehre, die

- 1) u.a. BGH vom 30.3.1955 BGHZ 17,89 (92);
BGH vom 22.11.1955 BGHZ 19,110 (112/113);
BGH vom 19.9.1973 BGHZ 61,221 (223);
Sandrock/Steinschulte aaO. Rn. A 208 ff;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 36; Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 313,355, Kegel aaO. S. 292;
Als weiteres ergänzendes Anknüpfungskriterium (zur Ermittlung des Schwerpunktes des Vertragsverhältnisses) wird vereinzelt der engste räumliche Zusammenhang gewertet, also die räumliche Beziehung des Tatbestandes zu einem Land, kritisch dazu Martiny in Reithmann aaO. Rn. 36, zur Schweizer Rechtsprechung Vischer aaO. S. 679, ähnlich wohl auch die englische Anknüpfung i.S. einer "most real connection with the contract" Graveson "Conflict of Laws" 1974 S. 404 und Ausführungen Abschnitt VI. 2. b) S. 165;
Kropholler "Elastische Anknüpfungsmomente für das Internationale Vertrags- und Deliktsrecht?" RIW/AWD 1981,359 (361);
Wengler spricht dagegen von "elastischen Anknüpfungsmomenten" (im Gegensatz zu starren wie z.B. Staatsangehörigkeit oder Ort der unerlaubten Handlung) zur Ermittlung des Vertragsstatuts statt einer Ermittlung des "hypothetischen Parteiwillens". Mangels Rechtswahl (oder entgegen einer Rechtswahl) soll das Geschäftsstatut "durch die gewichtige Kombination der im Einzelfall vorhandenen Verknüpfungen bestimmt werden",
Wengler "Internationales Privatrecht" 1. und 2. Teilband des BGB-RGRK 12. Aufl. 1981, Sonderausgabe von Band VI S. 536 i.V. 236.

insbesondere durch die Schweizer Rechtsprechung beeinflusst ist, welches die vertragstypische Leistung ist¹⁾. Für die Anknüpfung einer Patronatserklärung würde nach der "Vertragstypenlehre" der Sitz der Muttergesellschaft ausschlaggebend sein, wenn das Kriterium der charakteristischen Leistung auch für die - einseitig verpflichtende - Patronatserklärung in Betracht käme und die Leistung der Muttergesellschaft die vertragstypische Leistung darstellte. Im Vorgriff auf die Untersuchungen unter Abschnitt II Seite 166 soll daher schon hier die Schweizer Auffassung geprüft werden:

Nach Schweizer Rechtsprechung (und Lehre) untersteht ein Vertrag mangels Rechtswahl dem Recht am Wohnsitz bzw. der *résidence habituelle* desjenigen, der die typische Leistung erbringt²⁾. Das Schweizer Bundesgericht hat für die im Obligationenrecht ausdrücklich geregelten Vertragstypen und für die in der Praxis entwickelten "atypischen" Verträge einen Katalog entwickelt, der die jeweils typische Leistung und damit das anwendbare Recht bezeichnet. Auf die e i n - s e i t i g e oder z w e i s e i t i g e Leistungsverpflichtung kommt es dabei offensichtlich nicht an. Bei entgeltlichen Verträgen wie Kaufverträgen wird beispielsweise der Nicht-Geldleistung der Vorrang

- 1) Finger für den Fall der Garantie "Bankgarantien und deutsches Internationales Privatrecht" in AWD 1969, 486 ff (488); ebenfalls für eine Bankgarantie Pleyer "Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel" Sonderbeilage Nr. 2/1973 zur WM Teil IV Nr. 27 vom 7.7.1973 S. 15; so im Schweizer Recht: Herstellung des engsten, räumlichen Zusammenhangs durch die den Vertragstyp charakterisierende Leistung Vischer "Internationales Privatrecht" 1973 und das EG-Übereinkommen aaO. Art. 4 Abs. 2; Kegel aaO., der die berufs- oder vertragstypische Leistung ermittelt unter dem "Prinzip der geringsten Störung" aaO. S. 293/294.
- 2) Vischer aaO. S. 672; Obergericht des Kantons Luzern RIW/AWD 1977, 168/169.

eingeräumt. Bei gleichartigen Leistungen, wie bei der Gebrauchsüberlassung oder Leihe wird auf die Leistung des Oberlassers, bei Verwahrungsverträgen auf die Leistung des Verwahrers, bei Darlehen auf die risikobeladenere und damit typische Leistung des Darlehensgebers und bei Sicherungsverträgen wie der Bürgschaft auf die Stellung des Bürgen abgestellt, da diese für den Bürgschaftsvertrag charakteristisch ist, desgleichen bei der Garantie auf die Stellung des Garanten¹⁾. Demgemäß unterstehen der - einseitig verpflichtende - Bürgschafts- und Garantievertrag dem Recht am Wohnsitz bzw. der *résidence habituelle* des Bürgen und Garanten. Eine entsprechende Anknüpfung bietet sich für die garantieähnliche "harte", aber wohl auch für die "weiche" Patronatserklärung an. Es gilt also das Recht der *résidence habituelle* der Muttergesellschaft (ihr Heimatrecht)²⁾.

Nach deutscher herrschender Meinung ist dagegen - wie oben erwähnt - der Schwerpunkt eines Vertrages zu ermitteln. Auch hierbei ist nach Indizien zu suchen, die weitgehend mit denjenigen übereinstimmen, die für die Ermittlung des stillschweigenden Parteiwillens maßgebend sind³⁾. Insofern darf auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden.

1) Vischer aaO. S. 673.

2) Müllhaupt "Schweizerische Aktiengesellschaft"

1978 S. 109;

Für den Fall, daß man der Vertragstypenlehre in bezug auf eine Patronatserklärung nicht folgen wollte, müßte man gemäß Art. 4 Abs. 5 i.V. mit Art. 4 Abs. 1 des EG-Entwurfs auf das Recht des Staates abstellen, mit dem die Patronatserklärung die engste Verbindung aufweist, das wäre wohl der Sitz der Muttergesellschaft. Man würde also dasselbe Ergebnis, wie oben dargestellt, erreichen.

3) U.a. Sandrock/Steinschulte aaO. Rn. A 211 ff.

Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens im Zusammenhang mit Bürgschaften und Garantien gibt nach allgemeiner Ansicht das Recht des Wohnsitzes (Geschäftssitzes bzw. gewöhnlichen Aufenthalts) des Bürgen bzw. Garanten den wichtigsten Hinweis¹⁾.

Entsprechend wird - mit Recht - bei der Patronats-erklärung verfahren und bei Fehlen einer Rechtswahl das Recht am Sitz der Muttergesellschaft angewendet²⁾. Insofern kommt man nach den beiden erwähnten Methoden zu demselben Ergebnis.

Art. 4 des EG-Entwurfs wendet mangels Rechtswahl das Recht des Staates an, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist und spricht in Abs. 2 die Vermutung aus, daß der Vertrag die engste Verbindung mit dem Staat habe, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person handelt, ihre Hauptverwaltung hat³⁾. Auch nach den Bestimmungen des Entwurfs gelangt man also zu dem gleichen Ergebnis: der Maßgeblichkeit des Heimatrechts der die Patronats-erklärung abgebenden Muttergesellschaft.

- 1) Vgl. Fußnote 1 Seite 149 und Martiny in Reithmann aaO. Rn. 399,405; a.A. Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 580; Anknüpfung an den Erfüllungsort.
- 2) Rümker WM 1974,996 ff (997); Martiny in Reithmann 3. Aufl. Rn. 406.
- 3) aaO. S. 1008.

Zur Rück- oder Weiterverweisung

Bei der Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen kann sich bereits die Frage nach einer Rück- oder Weiterverweisung stellen¹⁾. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Meinung eines Teils der Literatur²⁾ wird zwar der hypothetisch ermittelte Parteiwille dem realen Parteiwillen gleichgestellt und eine Rück- bzw. Weiterverweisung für unbeachtlich gehalten. Die Gegenmeinung betont jedoch, daß es "zur Verwirklichung der internationalen Entscheidungsharmonie zweckmäßig sei, den deutschen Richter so entscheiden zu lassen wie sein ausländischer Kollege. Auf diese Art und Weise sei sichergestellt, daß im Inland und in dem betreffenden ausländischen Staat ein- und dasselbe Recht als Vertragsstatut zur Beurteilung des betreffenden Vertrags herangezogen wird"³⁾. Es muß daher schon hier kurz untersucht werden, wie das schweizerische, englische und französische Kollisionsrecht die Patronatserklärung jeweils anknüpfen würden. In bezug auf das Schweizer Recht ist auf S. 149 bereits erwähnt worden, daß mangels Rechtswahl bei Bürgschaften und Garantien der Bürge und der Garant die jeweils vertragstypische Leistung erbringen und

- 1) Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 241 und Sandrock "Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht" S. 281; Kegel aaO. S. 168.
- 2) BGH vom 14.2.1958 Drahtseilfall in NJW 1958,750; BAG vom 10.4.1975 RIW/AWD 1975,521 (523); Reithmann aaO. Rn. 88; Graue "Rück- und Weiterverweisung im internationalen Vertragsrecht" AWD 1968,121 (129); und Raape "Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht" NJW 1959,1013 (1016), für den ^{auch} Erfüllungsort Anknüpfungsmerkmal auf objektiver Grundlage ist, so daß ein renvoi entfällt. Ebenso Maier "Internationales Privatrecht (Schuldrecht) in Europa" NJW 1962,325.
- 3) Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 242.

somit deren Sitz (résidence habituelle) für das anzuwendende Recht maßgebend ist. Für eine Patronats-erklärung dürfte Entsprechendes gelten¹⁾. Somit weicht das Ergebnis nach dem schweizerischen IPR bei der Anknüpfung auf der "dritten Stufe" nicht von dem Ergebnis nach deutschem IPR ab, und es kann sich im allgemeinen kein Fall der Rück- (oder Weiter-)verweisung ergeben²⁾.

Das englische internationale Vertragsrecht knüpft bei fehlender ausdrücklicher oder stillschweigender Rechtswahl teils an die "presumed intention of the parties", teils an die "closest and most real connection" des Vertrages mit einem bestimmten Land bzw. einer bestimmten Rechtsordnung an³⁾. Die Aufgabe eines englischen Gerichts ist es also, die besonderen Umstände eines Vertrages daraufhin zu untersuchen, ob sie auf die "presumed intention" und/oder eine "closest and most real connection" schliessen lassen. Dieses Vorgehen wird in maßgeblichen Entscheidungen wie folgt umschrieben:

Rex v. International Trustee [1937] A.C. 500/529:

"If no intention be expressed the intention will be presumed by the Court from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances."

- 1) Müllhaupt aaO. Schweizerische Aktiengesellschaft 1978, 109.
- 2) U.a. Kegel aaO. S. 168.
- 3) Sandrock "Ergänzende Vertragsauslegung" aaO. S. 156;
Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 319;
Triebel aaO. Rn. 107;
vgl. ausführlicher S. 173 ff.

Vita Food Products Inc. v. Unos Shipping Co [1939]
A.C. 277¹⁾:

"That intention is objectively ascertained, and if not expressed, will be presumed from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances."

The 'Assunzione' [1954] P. 150²⁾:

"If the intention of the parties is not expressed in the contract itself, the Court must ascertain as best it can what is the implied or the presumed intention to be gathered from the whole of the facts in the circumstances of the case after they have been fully considered."

Ähnlich wird in der jüngeren Rechtsprechung auf der Suche nach der "inferred intention of the parties" verfahren³⁾.

In anderen Entscheidungen wird die "most real connection" herausgestellt unter Berücksichtigung gewisser Merkmale wie namentlich: Abschlußort, Erfüllungsort, Vertragssprache, Vertragswährung, Schiffsflagge, Gerichtsstandsvereinbarung oder Schiedsgerichtsklausel usw.⁴⁾.

- 1) Vgl. auch Morris "Cases on private international law" 3. Ausgabe 1960 S. 241
- 2) vgl. auch Morris aaO. S. 247.
- 3) Vgl. Armadora Occidental S.A. v. Horace Mann Insurance Co [1977] 1 W.L.R. 520 (Q.B.D.) Magnus in RIW/AWD 1977, 569.
- 4) Vgl. S. 175.

In Sachen Boissevain v. Weil 1 [1949] K.B. 482/490
C.A. heißt es:

"Having regard to the nationality and domicile of the defendant, to the detailed arrangements for the repayment of the loan in London, and to the circumstances which gave rise to the transaction, there can be no doubt that England was the country with which the transaction was most essentially connected, and that therefore English law was the proper law."

oder in Sachen

Bonython v. Commonwealth of Australia [1951] A.C.
201/219:

"With which of these systems of law did the transaction have its closest and most real connection?"

In der neueren Rechtsprechung wird beispielsweise im Zusammenhang mit der Sicherstellung einer Vorauszahlung für einen Schiffsneubau in Form eines letter of credit¹⁾ (Bankakkreditiv) die engste Beziehung zu einer (hier amerikanischen) Rechtsordnung darin gesehen, daß die zwischengeschaltete, in New York ansässige Bank das Akkreditiv eröffnet hatte, Zahlung in US-Währung zu leisten war und bestimmte Dokumente zur Vorlage in New York vorgesehen waren²⁾.

1) Zahn "Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel"
S. 231.

2) Offshore International S.A. v. Banco Central S.A.
[1976] 3 All E.R. 749 = Magnus in RIW/AWD 1977, 168.

In einer Entscheidung über einen Vertrag zur Ausbeutung einer libyschen Erdölkonzession wurde die engste Beziehung aus den Merkmalen: Abschlußort, Planung und Verwaltung und Vertragswährung geschlossen¹⁾. Da Entscheidungen zu Patronatserklärungen nicht vorliegen, müssen die Merkmale im Einzelfall geprüft werden. Merkmale einer englischsprachigen Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 5 S. 106 sind z.B.: Die englische Sprache, der Geschäftssitz der Muttergesellschaft in England, der Erklärungs- bzw. Abschlußort in England²⁾ und der Erfüllungsort in England. Insofern deutet alles auf die engste Beziehung zu England bzw. zum englischen Rechtssystem hin. Dieses Ergebnis entspricht dem Ergebnis nach deutschem internationalem Privatrecht, und die Frage der Rück- (oder Weiter)verweisung stellt sich damit ebenfalls nicht, wenn eine Patronatserklärung nach deutschem Kollisionsrecht angeknüpft wird und dieses auf das englische Recht verweist.

Nach französischem IPR gilt folgendes:

Mangels Rechtswahl ist zur Ermittlung des "loi propre" der präsumptive Parteiwille bzw. der "Schwerpunkt der Vertragselemente" festzustellen³⁾. Da es zur Patronatserklärung keine Rechtsprechung gibt, muß auf die kollisionsrechtliche Behandlung verwandter Sicherheiten wie der Bürgschaft zurückgegriffen werden. Auch zur Bürgschaft, die durchaus ein eigenes Recht haben kann, ist die kollisionsrechtliche Anknüpfung nicht eundeutig. Grundsätzlich gilt das Recht, zu dem die Bürgschaft

1) B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt [1976] 1 Lloyd's R. 471 = Magnus in RIW/AWD 1976, 596.

2) Ist namentlich die Abgabe der Patronatserklärung die "Annahme" des entsprechenden Angebots der Bank zur Abgabe der Patronatserklärung, so ist nach der "mailbox Theorie" England Ort des Vertragsabschlusses, vgl. Triebel aaO. noch 9.

3) Derruppé "Droit international privé" S. 99; vgl. S. 185.
In der Entscheidung des Cour d'Appel d'Amiens vom 25.5.1970 Journal du droit international 1971.86 wird der Vertrag nach den éléments essentiels "lokalisiert".

ihre engsten wirtschaftlichen und tatsächlichen Beziehungen aufweist¹⁾. In der Praxis hat sich eine weitgehend anerkannte Vermutung herausgebildet, wonach die Anwendung des Rechts der gesicherten Forderung in Betracht kommt²⁾. Würde demgemäß die Kreditforderung deutschem Recht unterliegen, wäre es nicht ausgeschlossen, daß ein französisches Gericht auch die Bürgschaftserklärung dem deutschen Recht unterstellte. Entsprechendes könnte für die Patronatserklärung gelten. Dann würde es zu einer Rückverweisung auf deutsches Recht kommen.

Das vorgenannte Anknüpfungsergebnis kann jedoch nicht als gesichert angesehen werden³⁾. Es ist wahrscheinlicher, daß nach französischer Auffassung das Heimatrecht der Muttergesellschaft Anwendung findet, zumal sich eine Patronatserklärung einer französischen Muttergesellschaft in französischer Sprache, die in Frankreich abgegeben wird, eher in Frankreich lokalisieren läßt⁴⁾. Insofern käme auch für den Fall, daß das deutsche Kollisionsrecht auf das französische Recht verweist, keine Rück- (oder Weiter-)verweisung in Betracht.

1) Reinecker in Hadding/Schneider aaO. Rn. 358 S. 376.

2) Loussouarn/Bredin "Droit du commerce international" Anm. 673 zur Bankbürgschaft; Henri Batiffol aaO. Anm. 610 S. 668, vgl. zu Batiffol auch S. 181 Fußnote 2).

Für Bankbürgschaften dürfte eine solche Vermutung nicht unbedingt gelten, es ist aber auch nicht ausgeschlossen, daß sich eine Bank im Bankaval ausdrücklich dem Recht der zu sichernden Hauptforderung unterwirft, vgl. Stoufflet/Coulangs/Gavalda in "Résumé des discussions sur ces conflits de lois en matière d'opérations de banque" in Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques S. 217 (223), a.A. zur Bankbürgschaft Loussouarn/Bredin wie vor.

3) Zur unklaren kollisionsrechtlichen Behandlung einer Kontokorrentbürgschaft nach französischem IPR AWD 1979, 137.

4) Vgl. die Argumentation in Journal du Droit International 1971.86 (Amiens vom 25.5.1970). Revue critique de droit international privé 1973.77 (Cour de cassation vom 15.2.1972) mit Anmerkung von H. Batiffol (S. 88/89).

5. Anknüpfung an den Erfüllungsort

Führt auch die Ermittlung des sogenannten hypothetischen Parteiwillens (auf der sog. dritten Stufe) nicht zum Ziel, so ist nachhöchst-richterlicher Rechtsprechung hilfsweise an den Erfüllungsort - verstanden als materiellrechtliche Norm - anzuknüpfen¹⁾. Diese Anknüpfung ist nicht ganz unbestritten. Ein Teil der Literatur berücksichtigt den Erfüllungsort bereits im Rahmen der objektiven Interessenabwägung zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens und sieht keinen Raum für eine hilfsweise Anknüpfung²⁾. Im übrigen kann bei schuldrechtlichen Verträgen mit gegenseitiger Verpflichtung diese Anknüpfung zu einer Vertragsspaltung führen³⁾.

Behandelt man dagegen die Patronatserklärung ähnlich wie eine Bürgschaft oder Garantie, so bietet sich die

- 1) Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 229 mit Beispielfällen aus der Rechtsprechung;
Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. vor EGBGB 12 Anm. a 2 b);
Staudinger-Firsching aaO. Rn. 356;
Kegel aaO. S. 295;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 85;
u.a. BGH vom 22.9.1971 BGHZ 57,72 = NJW 1972,391;
Soergel-Kegel 9. Aufl. 1961 V. Band Erbrecht und Einführungsgesetz Vor Art. 7 Rn. 204.
- 2) Insbesondere Martiny in Reithmann aaO. Rn. 85;
Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 Rn. 230.
- 3) Vgl. Fußnote 2) und S. 138;
Kegel aaO. S. 295, der den Erfüllungsort jedenfalls als "Notanker" bereithalten will.

Anknüpfung an den Erfüllungsort an¹⁾. Der Erfüllungsort fällt hier regelmäßig mit dem Leistungsort, dem Sitz der Muttergesellschaft, zusammen (§§ 269, 270 BGB), insbesondere wenn sich die Patronatserklärung auf eine Geldleistung richtet. In diesen Fällen ist das Heimatrecht der Muttergesellschaft anzunehmen.

Bei Anknüpfung an den Erfüllungsort ist nach herrschender Meinung eine etwaige Rück- und Weiterverweisung des maßgeblichen Rechts zu beachten, da insoweit der Verweis das materielle fremde Recht und das fremde Kollisionsrecht erfassen kann (im Sinne

1) So LG Frankfurt vom 8.3.1977 AG 1977,321
(im Berufungsurteil vom 18.1.1979 stellt das OLG Frankfurt dagegen auf den hypothetischen Parteiwillen ab);

zur Bürgschaft: Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. vor
EGBGB 12 a) 6 o;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 399;
RG vom 25.9.1919 RGZ 96,262 (263);
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12
Rn. 580;

zur Garantie: u.a. Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. vor
EGBGB 12 a) 6 o;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 405;

zur Bankbestätigung: BGH vom 23.3.1955 WM 1955,765.

einer sogenannten Gesamtverweisung)¹⁾. Die sich daraus ergebende Prüfung entspricht der Prüfung, die hier bereits bei der Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen vorgenommen worden ist (vgl. S. 152 ff). Insofern kann darauf verwiesen werden. Im übrigen sei vermerkt, daß England²⁾, Frankreich³⁾ und die Schweiz⁴⁾ im Obligationenrecht eine Rück- und Weiterverweisung ihrerseits grundsätzlich ablehnen.

Der Entwurf des EG-Übereinkommens schließt in Art. 15 eine Rück- und Weiterverweisung ausdrücklich aus⁵⁾.

6. Zum Formstatut

Nach Art. 11 EGBGB bestimmt sich die Form eines Rechtsgeschäfts nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind. Es genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft

1) Vgl. S. 152 Fußnote 2.

2) England: Staudinger-Firsching aaO. Rn. 80 a); Graue aaO. AWD 1968,124; Graveson aaO. S. 76 "the principle of renvoi finds no place in the field of contract. Nevertheless, the categories of cases of renvoi are not necessarily closed".

3) Frankreich: Staudinger-Firsching aaO. Rn. 42 (e); Graue aaO. AWD 1968,124/125.

4) Schweiz: Staudinger-Firsching aaO. Rn. 107; Graue aaO. AWD 1968,124/125; Vischer aaO. S. 669.

5) aaO.

vorgenommen wird¹⁾. Demgemäß kann die Form einer Patronatserklärung entweder dem Schuldstatut der Patronats-erklärung folgen oder dem Recht entsprechen, das am Ort der Abgabe durch die ausländische Muttergesellschaft gilt²⁾. Vornahmeort im Sinne des Art. 11 Abs. 1 EGBGB ist der Ort, an dem die Erklärung abgegeben wird und nicht der Ort, an dem sie dem Vertragspartner zugeht³⁾.

In den hier behandelten Fällen kommt Art. 11 EGBGB insbesondere in bezug auf die Schweiz zum Tragen (vgl. S. 100). Einigen sich die Vertragsparteien auf die Geltung deutschen Rechts, gibt es keine Formprobleme. Das Schweizer Recht erkennt die aus der Maßgeblichkeit des vereinbarten deutschen Schuldstatuts folgende Formfreiheit an. Nach Schweizer Recht bestimmt das (eventuell ausländische, d.h. hier: deutsche) Vertragsstatut über den ganzen Vertrag einschl. dessen Formerfordernisse, es sei denn, daß die Formvorschrift nur dem Beweis dient oder eine Form im öffentlichen Interesse zwingend einzuhalten ist⁴⁾. Die Formvorschrift des § 493 OR hat keine Beweisfunktion (siehe oben S. 100). Wie bereits auf S. 101/102 ausgeführt, ist die Formvorschrift des Bürgschaftsrechts nach § 493 OR auch nicht in dem vorgenannten Sinne zwingend.

- 1) Auf die besondere Behandlung eines Rechtsgeschäfts nach Art. 11 Abs. 2 EGBGB, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, soll hier nicht näher eingegangen werden. U.a. Sandrock/Peter Müller aaO. Bd. I C 8 ff.
- 2) Sofern das Ortsrecht ein entsprechendes Rechtsgeschäft überhaupt kennt. Vgl. Staudinger-Firsching aaO. Art. 11 Rn. 2; Martiny in Reithmann aaO. Rn. 407.
- 3) Martiny in Reithmann aaO. Rn. 247. Bei Verträgen unter Abwesenden müssen daher bei der Ortsform die Formvorschriften beider Partner herangezogen werden. Kegel aaO. S. 282.
- 4) Vischer aaO. S. 671 z.B. bei der Veräußerung von Grundstücken.

Art. 9 der zweiten Fassung des EG-Entwurfs vom Juni 1980¹⁾ entspricht weitgehend Art. 11 EGBGB²⁾.
Legt man seine Anwendung zugrunde, so kommt man also zu dem gleichen Ergebnis wie hier.

II. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach schweizerischem internationalen Privatrecht

Bei Auslandsberührung kann eine Muttergesellschaft mit Sitz in der Schweiz mit ihrem Vertragspartner grundsätzlich das anzuwendende Recht frei vereinbaren. In der Literatur und Rechtsprechung ist das Prinzip der Parteiautonomie für Vertragsobligationen anerkannt³⁾. Im Gesetzentwurf eines Bundesgesetzes

- 1) Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1006 ff.
- 2) Wegen der Einzelheiten vgl. Sandrock/Peter Müller aaO. Bd. 1 C 116 ff.
- 3) Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 330 ff;
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Anm. 107;
Wittenstein/Böckl aaO. Schweiz 1400 I a);
Mathilde Sumampouw in Rabels Z 30 S. 336 II zur Privatautonomie und ihren Grenzen bei z.B. international vereinheitlichten Materien (wie Transport und Warenverkauf, Wechsel- u. Scheckrecht) und von Staats wegen geregelten Materien wie z.B. Arbeitsverträgen, Wohnungsmietverträgen, Versicherungsverträgen.
AWD 1965 S. 380 ff = BGE 91 II 44 - 52;
Vischer "Internationales Privatrecht" 1969 § 78 S. 664, § 79 S. 666;
und zwar mittels Verweisungsvertrages Vischer aaO. § 79 S. 666;
zum "Verweisungsvertrag" vgl. Sumampouw aaO. S. 340 III 1.

über das internationale Privatrecht (veröffentlicht als Band 12 in der Reihe Schweizer Studien zum internationalen Recht 1978¹⁾) wird dieser Grundsatz im 8. Titel 2. Abschnitt Art. 117 kodifiziert.

- 1) Der Entwurf geht auf Anregungen des schweizerischen Juristenvereins zurück und dient der möglichst umfassenden Regelung auf dem Gebiet der Rechtsanwendung, Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, des Schiedsgerichtswesens, des Konkurses, der Rechtshilfe, der Prozeßkaution und unentgeltlichen Verfahrenshilfe, so der Begleitbericht S. 56;
vgl. auch Besprechung von Siehr "Zum Entwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht" in RIW/AWD 1979,729;
der Entwurf orientiert sich u.a. an dem zukünftigen Kollisionsrecht der Europäischen Gemeinschaft sowie dem EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, so daß gerade bei letzterem der Schweiz der Zutritt nicht unmöglich ist, Siehr aaO. S. 731.
Für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche wird in Art. 182 ausdrücklich auf das New Yorker Übereinkommen vom 10.6.1958 verwiesen, so der Bericht S. 181.
Nach Auskunft von Herrn Dr. Volken, Leiter des Departements Privatrecht und Zivilprozeßrecht, Section IPR im Bundesamt für Justiz, Bern, ist das Verfahren der sog. Vernehmlassung zum Entwurf eines schweizerischen IPR der Expertenkommission vom 24.2.1978 abgeschlossen, die Einwendungen dazu sind ausgewertet, sie dienen den Experten als Grundlage für eine Überarbeitung des Entwurfs. Zur Zeit stehen noch gewisse redaktionelle Änderungen an. Der Entwurf wird mit Erläuterungen im Spätherbst dem Parlament vorgelegt werden. Erst nach Beschluß durch den Bundesrat wird der Entwurf mit den erwähnten Änderungen im Bundesblatt veröffentlicht werden (etwa im November oder Dezember 1981).
Die Änderungen beziehen sich in erster Linie auf den schuldrechtlichen Teil und berücksichtigen den EG-Entwurf vom 19.6.1980.

Entgegen einer jahrelang geltenden Handhabung ist heute anerkannt, daß eine Rechtswahl auch nachträglich erfolgen kann¹⁾. Art. 119 des Entwurfs sieht die Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vor, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren und die Rechtsstellung Dritter davon nicht berührt wird.

Dabei genügt es nach bisheriger Rechtsprechung, wenn der Wahl ein "vernünftiges Interesse" zu Grunde liegt²⁾. Der Entwurf sieht diese Schranke nicht vor. Man geht davon aus, daß die Parteien kaum je ohne vernünftiges Interesse ihre Rechtswahl treffen, hält aber eine Einschränkung nach Art. 117 Abs. 2 dann für nötig, wenn "sich die Anwendung eines bestimmten Rechts wegen des besonderen Schutzbedürfnisses einer Partei aufdrängt" (z.B. beim Arbeitsvertrag und mit Rücksicht auf den schweizerischen Ordre Public Art. 17).

Schranken der Parteiautonomie ergeben sich insbesondere für reine Inlandverträge und Verträge, "die durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen der objektiv zuständigen Rechtsordnung soweit zwingend und mit der Möglichkeit der effektiven Durchsetzung der Normen geregelt sind, daß den Parteien kein Spielraum mehr zur Verfügung steht" (z.B. bei Grundstückskäufen, Arbeitsverhältnissen und im Kartellrecht etc.)³⁾.

1) Moser "Das internationale Obligationenrecht" S. 674 in Rabels Z 31 mit der Begründung, daß sich die Erweiterung der Parteiautonomie als logische Folge aus der Annahme eines besonderen Verweisungsvertrages ergeben habe, vgl. auch BGE 91 II 44 = AWD 1965,380 (381).

2) Wittenstein/Böckl aaO. 1 a), AWD 1965,380 (381).

3) Vischer aaO. S. 671.

Die Rechtswahl kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, sofern im letztgenannten Fall aus den Umständen eindeutig hervorgeht, daß die Parteien das betreffende Recht gewählt haben¹⁾, - ähnlich wie nach deutschem internationalen Privatrecht - etwa durch Vereinbarung eines Gerichtsstandes, eines Schiedsgerichts, die Anwendung einheitlicher Formulare oder Allgemeiner Geschäftsbedingungen (sofern die schwächere Partei dadurch nicht übervorteilt wird) sowie ergänzend (aber nicht allein) durch die Verwendung einer bestimmten Vertragssprache oder bestimmter Rechtsbegriffe, durch die Währung oder die Vereinbarung eines Abschluß- und Erfüllungsortes²⁾.

Die Einigung über das anwendbare Recht (im Sinne eines Verweisungsvertrages) untersteht grundsätzlich dem Recht des Hauptvertrages, wenngleich in bezug auf die äußeren Anforderungen der Willenserklärungen diese dem *lex fori* unterstehen³⁾. Entsprechend regelt Art. 118 Abs. 1 des Entwurfs die Materie, und zwar zugleich in Übereinstimmung mit dem Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 über das auf den internationalen Warenkauf anzuwendende Recht. Schweigen auf eine Offerte bindet grundsätzlich nicht. Eine solche Offerte führt nur zum Vertrag, wenn dies vom zukünftigen Vertragsstatut und vom Recht der *résidence habituelle* des Empfängers der Offerte bejaht wird⁴⁾.

- 1) Vischer aaO. S. 667;
Sandrock/Steinschulte aaO. B.-d. 1 A 333.
- 2) Vischer aaO. S. 667/668.
- 3) Vischer aaO. S. 666.
- 4) Vischer aaO. S. 681.

Demgemäß bestimmt Art. 118 Abs. 3 des Entwurfs, daß das Schweigen einer Partei sich nach dem Recht am Ort der Geschäftsniederlassung oder, wenn eine solche fehlt, nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt dieser Partei bestimmt¹⁾.

Durch Verweisungsvertrag dieser Art unterstellen die Parteien ihren Vertrag einer materiellen Rechtsordnung, in der Regel nicht deren Kollisionsnormen, so daß eine Rück- und Weiterverweisung nach schweizerischen Vorstellungen nicht in Frage kommt²⁾. Eine Vertragsspaltung wird nicht befürwortet³⁾ und ist im Entwurf auch nicht vorgegeben (Art. 117).

Erfolgt keine Rechtswahl, kommt es für die objektive Anknüpfung auf den "engsten räumlichen Zusammenhang" an, der für typische Vertragsverhältnisse gesondert und schon im voraus ermittelt wird namentlich durch Untersuchung jedes Vertragstypes nach der vertragsprägenden (Vertrags)Leistung⁴⁾. Dementsprechend unterstellt Art. 120 des Entwurfs den Vertrag dem Recht, mit dem er in Würdigung aller erkennbarer Umstände am engsten zusammenhängt und beschreibt diesen durch die charakteristische Leistung und ergänzend durch das besondere Schutzbedürfnis einer Partei oder die eindeutige örtliche Verknüpfung des Vertrages (Art. 120 Abs. 2)⁵⁾.

- 1) vgl. auch Art. 124 des Entwurfs zum Schweigen auf einen Antrag zum Abschluß eines Vertrages schlechthin.
- 2) Vischer aaO. S. 669;
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 107;
Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 256;
Moser aaO. S. 671.
- 3) Vischer aaO. S. 670;
Sumampouw aaO. S. 339.
- 4) Vischer aaO. S. 663;
Staudinger-Firsching Vor Art. 12 Rn. 107.
- 5) Schweizerisches IPR aaO. Bericht S. 139.

Das Bundesgericht hat, wie erwähnt, für einzelne Vertragstypen einen Katalog der jeweils typischen Leistung und des damit anwendbaren Rechts aufgestellt¹⁾.

Die Bürgschaft wird z.B. an die *résidence habituelle* des Bürgen angeknüpft (da seine Stellung für den Vertrag charakteristisch ist), und zwar unter selbständiger Anknüpfung der Bürgschaft; das gleiche gilt für den Garantievertrag. Der Entwurf verfährt in Art. 121 Abs. 2 ähnlich (danach gilt in der Regel bei "Sicherungsverträgen die Leistung des Sicherers" als die charakteristische Leistung Art. 121 Abs. 2 e). Die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens und die Anknüpfung auf der vierten Stufe (vgl. Seite 158) erübrigen sich.

Die Patronatserklärung (im Sinne einer unechten Personalsicherheit vgl. S. 21 Fußnote 3) kann daher gemäß der typischen Leistung des Patrons nach dem Recht beurteilt werden, das am Sitz der Muttergesellschaft gilt²⁾.

Die Form bestimmt sich nach dem Vertragsstatut, wenn nicht wahlweise das Recht des Vornahmeortes angewendet werden soll, ohne daß dadurch Vorschriften zum Schutze der Persönlichkeit einer Partei oder das öffentliche Interesse (z.B. bei Grundstücksgeschäften) verletzt werden³⁾.

1) Vischer aaO. S. 673;
vgl. S. 149.

2) So ist wohl auch Müllhaupt zu verstehen aaO.
Schweizerische Aktiengesellschaft S. 109.

3) Vischer aaO. S. 684;
Staudinger-Firsching aaO. Rn. 107.

Daß die Formvorschrift des Art. 493 OR nach der neueren Rechtsprechung nicht um des öffentlichen Interesses willen besteht, ist oben auf S. 101/102 ausgeführt worden.

Art. 125 des Entwurfs sieht die wahlweise Anknüpfung genauso für den Vertragsabschluß unter Anwesenden vor, während diese Anknüpfung für den Vertrag unter Abwesenden - alternativ - an das Recht des Ortes der Geschäftsniederlassung des Erklärenden oder, wenn eine solche fehlt, an das Recht an seinem gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Erklärung gebunden wird (ausgenommen Verträge über Grundstücke)¹⁾.

Für den Fall der Erfüllung der Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft durch eine schweizerische Muttergesellschaft oder einen beabsichtigten Gläubigerwechsel bezüglich einer Patronatserklärung erhebt sich noch die Frage, welches Recht auf die Forderungsabtretung jeweils Anwendung findet (oder auf die sogenannte Subrogation im Sinne des Art. 110 OR, der in etwa dem § 268 BGB entspricht).

Hier entscheidet das schweizerische Kollisionsrecht wie das deutsche: für die Zession gilt das Schuldstatut des Hauptvertrages²⁾ (im Interesse des Schuldnerschutzes). Leistet die Muttergesellschaft, ohne daß ein

1) Schweizerischer IPR-Entwurf aaO. Bericht S. 143.

2) BGE 95 II S. 109 = AWD 1970, 130.

Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Tochtergesellschaft besteht, so gilt für die sich dann vollziehende Subrogation ebenfalls das Zessionsstatut im Sinne des Vertragsstatutes des Hauptvertrages¹⁾. Der Entwurf verfährt in beiden Fällen genauso (Art. 143 und 144 Satz 1 zweiter Halbsatz)²⁾.

Zur Erfüllung einer Patronatserklärung bei Leistung in Geld ist zu bemerken, daß die Parteien die Währung mit dem Schuldstatut festlegen. Was als Zahlungsmittel gilt, bestimmt sodann die sogenannte *lex monetae*. "Der Schuldner befreit sich nach dem geltenden Nennwertsystem durch Leistung der abgemachten Summe nach dem von der *lex monetae* definierten Wert derselben"³⁾. Vor einem Kurs- und Währungsverfall können sich die Parteien durch Festlegung des Umrechnungskurses im voraus schützen oder durch Vereinbarung einer Option nach Wahl des Gläubigers bezüglich verschiedener Währungen. Die Vereinbarung einer Goldklausel ist zulässig⁴⁾. Bei erheblichem Währungsverfall kann ähnlich wie in Deutschland das Beharren des Schuldners auf Leistung der vereinbarten Summe rechtsmißbräuchlich sein⁵⁾. Währungsfragen regelt der Entwurf in Art. 146. Demnach unterstehen "die Wirkungen der Währung auf die Höhe einer Schuld dem auf die Schuld anwendbaren Recht; in welcher Währung zu zahlen ist, bestimmt

- 1) Vischer aaO. S. 708.
- 2) Eine Legalzession z.B. im Sinne des Art. 401 OR bestimmt sich demgegenüber nach dem zwischen dem alten und neuen Gläubiger geltenden Recht, so Vischer aaO. S. 707 und Art. 144 S. 1 l. Halbsatz, vgl. auch den Bericht dazu aaO. S. 157; zur Abtretung auch Staudinger-Firsching aaO. Rn. 107 am Ende.
- 3) Vischer aaO. S. 702.
- 4) Ihre Zulässigkeit bestimmt sich nach dem Schuldstatut, Vischer aaO. S. 703.
- 5) Vischer aaO. S. 703.

das Recht des Ortes, an dem die Zahlung vorzunehmen ist und was unter Währung zu verstehen ist, bestimmt das Recht des Staates, dessen Währung in Frage steht". Die Vorschrift enthält kein zwingendes Recht¹⁾.

III. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach
englischem internationalen Privatrecht
(private international law of contracts)

Unter der Voraussetzung, daß eine Angelegenheit (transaction) vertraglicher Natur ist im Sinne englischen materiellen Rechts (evidenced by the existence of an intention on the part of all parties by agreement to create legal relations²⁾), ergibt sich die für Verträge entscheidende Frage nach dem anwendbaren materiellen Recht³⁾.

Grundsätzlich gilt auch in England das Prinzip der Partei-autonomie (durch die Möglichkeit der Wahl des sogenannten proper law of contract⁴⁾).

1) Schweizerisches IPR, Entwurf/Bericht S. 158.

2) Graveson R.H. "Conflict of Laws" private international Law 7. Aufl. 1974 S. 400.

3) Graveson aaO. S. 400; -

Zum englischen Gerichtsverfahren selbst sei insoweit nur vermerkt, daß nach englischem Recht ausländisches Recht wie eine Tatsache behandelt wird. Wer also die Anwendung ausländischen Rechts behauptet, muß dies beweisen (ggfs. durch Sachverständigenbeweis).

Triebel aaO. Rn. noch 103;

Graveson aaO. S. 16: "Once the appropriate legal system has been ascertained, evidence of the relevant rule of that system will be given in the usual way, i.e. by proof of the foreign law as a question of fact."

4) Es bestimmt die Existenz, Auslegung, Währung, Natur, Rechte und Pflichten der Parteien sowie die Erfüllung - Graveson aaO. S. 404, ferner Graveson aaO. S. 400; Triebel aaO. Rn. 103; Wittenstein/Böckl Großbritannien 1160 Anm. 1 a; Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 76; Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 316; Sandberger/Teubner "Ausgleichsansprüche deutscher Handelsvertreter im deutsch-englischen Handelsverkehr" RIW/AWD 1975, 256 (260).

Die Geschäftsfähigkeit und die Form eines Vertrages (str.) liegen außerhalb des freien Wahlrechts der Parteien¹⁾.

Für das vereinbarte Recht wird eine innere Beziehung zu dem Vertrag verlangt²⁾. Ganz unbestritten ist dieses Erfordernis aber nicht und wohl heute aufgegeben³⁾.

Die Rechtswahl kann stillschweigend vereinbart werden⁴⁾, wobei es schwerfällt, an Hand der Entscheidungen die Grenze zwischen dem stillschweigenden Parteiwillen und dem präsumptiven⁵⁾ Parteiwillen zu ziehen, der - nach deutscher Terminologie - auf der dritten Stufe der

- 1) Graveson aaO. S. 400 (402/440);
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 76 (2 a u. b).
- 2) Graveson aaO. S. 410;
Wittenstein/Böckl Großbritannien 1160 Anm. 1 a).
- 3) Graveson aaO. S. 410;
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 76.
Außerdem findet die Parteiautonomie ihre Grenzen an der englischen public policy (Graveson aaO. S. 165 (167 ff) im Sinne eines Ordre public "an indefinite concept which indicates those matters regarded by Parliament or the courts clearly of fundamental concern to the state and society at large"), an Grundsätzen eines sogenannten bona fide-Verhaltens (bona fide wird als eine Art moralischer Begriff verstanden) bzw. eines legalen Verhaltens (Einhaltung zwingenden Rechts des Vertragsstatuts - Staudinger-Firsching aaO. Rn. 76, Graveson aaO. S. 437/438 -), am sogenannten internationalen comity (Graveson aaO. S. 431 und S. 11 comity = comity of nations = friendly recognition as far as practicable of each others laws and usages, so das Concise Oxford Dictionary 4. Edition 1951) sowie an Normen des Ortes des Vertragsabschlusses oder des Ortes der Erfüllung (Graveson aaO. S. 435 und S. 436, im übrigen unterstützen englische Gerichte nicht die Durchsetzung z.B. ausländischer Steueransprüche, ausländisches Strafrecht oder ausländisches Enteignungsrecht, (so Graveson S. 178, 177 und 176), da englische Gerichte grundsätzlich nicht einen Verstoß gegen Gesetze anderer Staaten unterstützen wollen.
- 4) Staudinger-Firsching aaO. Rn. 76;
Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 318;
a.A. Triebel aaO. noch 107.
- 5) bzw. hypothetischen

üblichen Anknüpfungsleiter ermittelt wird¹⁾). Auch die englischen Richter gehen jedenfalls schrittweise vor und prüfen dann, wenn ein Vertrag keine (wörtliche) Rechtswahlklausel enthält oder diese nicht schlüssig ist²⁾, den *P a r t e i w i l l e n* (implied or inferred), sie prüfen also, welches Recht die Parteien anzuwenden beabsichtigen (intended to apply)³⁾. Dabei wird sorgfältig auf die besonderen Merkmale eines Vertrages abgestellt, die sich weitgehend mit den Merkmalen decken, die im deutschen Kollisionsrecht zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens herangezogen werden (vgl. die nachstehenden Ausführungen dazu).

Welche Bedeutung einem Vertragsmerkmal zukommen kann, soll insbesondere an den Ausführungen der Richter (House of Lords) in Sachen *Compagnie Tunesienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.* gezeigt werden⁴⁾.

- 1) Triebel aaO. noch 107;
Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 318.
- 2) Wie im Fall *Compagnie Tunesienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.* (Transport von Öl in Zeitabständen auf verschiedenen Schiffen unter verschiedener Flagge) [1970] 2 Lloyd's 99 (H.L.) sowie [1969] 2 Lloyd's 71 (C.A.).
- 3) *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders AG* [1937] A.C. 500, 529;
Vita Food Products Inc. v. Unos Shipping Co [1939] A.C. 227;
Armadora Occidental S.A. v. Horace Mann Insurance Co. [1977] 1 W.L.R. 520 (Q.B.D.) = Magnus RIW/AWD 1977, 569;
B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt [1976] 1 Lloyd's L.R. 471 = Magnus RIW/AWD 1976, 592 (596);
Compagnie Tunesienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A. wie vor, vgl. ferner Dicey-Morris "The Conflict of Laws" 8. Edition 1967 Rule 127 Sub-Rule 2 S. 704, auch abgedr. bei Sandrock/Steinschulte Bd. 1 A Fußnote 622.
- 4) [1970] 2 Lloyd's L.R. 99.

In diesem Fall hatten sich die Vertragsparteien verschiedener Nationalität unter Verwendung eines englischen Vertragsformulars nicht zweifelsfrei über das anzuwendende Recht geeinigt und obendrein eine Schiedsgerichtsvereinbarung (Schiedsgericht mit Sitz in London) getroffen. Lord Wilberforce führt dazu aus¹⁾:

"An arbitration clause must be treated as an indication, to be considered together with the rest of the contract and relevant surrounding facts. Always it will be a strong indication; often, especially where there are parties of different nationalities or a variety of transactions which may arise under the contract, it will be the only clear indication. But in some cases it must give way where other indications are clear."

Lord Diplock erklärt dazu:²⁾

"The fact that they have expressly chosen to submit their disputes under the contract to a particular arbitral forum of itself gives rise to a strong inference that they intended that their mutual rights and obligations under the contract should be determined by reference to the domestic law of the country in which the arbitration takes place, since this is the law with which the arbitrators sitting there may be supposed to be most familiar. But this is an inference only "

Wie schon gesagt, ist die Abgrenzung des stillschweigenden Parteiwillens zu dem hypothetischen Parteiwillen nicht ganz einfach, vor allem wenn man für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens die "subjektive" Methode heranzieht. Auf S. 153 ist bereits auf die unterschiedlichen Methoden zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens nach der subjektiven Methode der "presumed intention" und der objektiven Methode der "closest and

1) [1970] 2 Lloyd's L.R. 99 (114).

2) wie vor.

most real connection" verwiesen worden. In der Literatur ist die subjektive Methode bzw. Lehre insbesondere von Dicey und die objektive Lehre von Westlake vertreten worden¹⁾. In der Rechtsprechung wird weder der einen noch der anderen Methode der Vorzug gegeben. In manchen Entscheidungen werden sie ausdrücklich oder stillschweigend als "gleichwertige Konkurrenten" behandelt²⁾. Im übrigen hat man sich in früheren Entscheidungen von bestimmten Vermutungen für die Anwendung eines bestimmten Rechts leiten lassen, ohne diese Vermutungen jedoch als unwiderleglich zu betrachten. Beispielsweise heißt es in *Sachen Mount Albert Borough Council v. Australian Etc. Life Insurance Society Ltd.* [1938] = Morris aaO. S. 238:

"No doubt there are certain prima facie rules to which a court in deciding on any particular contract may turn for assistance, but they are not conclusive. In this branch of law the particular rules can only be stated as prima facie presumptions."

oder in *Sachen Rex v. International Trustee* [1937]
A.C. 500/529:

"In coming to its conclusion the Court will be guided by rules which indicate that particular facts or conditions lead to a prima facie inference, in some cases an almost conclusive inference as to the intention of the parties to apply a particular law: e.g. the country where the contract is made, where the contract is to be performed whose flag the ship sails , rules serve as prima facie indication of intention."

- 1) Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 76 S. 132; Graveson aaO. S. 404 ff (405).
- 2) Sandrock "Ergänzende Vertragsauslegung" aaO. S. 160; *Rossano v. Manufacturers' Life Insurance Co.* [1963] 2 Q.B. 352.

In der neueren Gerichtspraxis werden alle Faktoren miteinander abgewogen¹⁾. Welche Merkmale im wesentlichen in Frage kommen können, ist auf S. 154 erwähnt worden. Diese sind der Abschlußort, insbesondere unter Anwesenden²⁾, die Nationalität und der Sitz des Schuldners und/oder der Erfüllungsort³⁾, eine Schiffsflagge⁴⁾, die Vertragssprache⁵⁾, Fachausdrücke, die Nationalität, das Domizil der Parteien, die Vertragsform (insbesondere Formulare)⁶⁾,

- 1) Compagnie Tunesienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A. aaO oder Atlantic Underwriting Agencies Ltd. and David Gale (Underwriting) Ltd. v. Compagnia di Assicurazione di Milano S.P.A. [1979] 2 Lloyd's 240.
- 2) Dicey and Morris aaO. Rule 127 Sub-Rule 3; B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt [1976] 1 Lloyd's 471.
- 3) Boissevain v. Weil [1949] 1 K.B. 482 (eine Darlehensangelegenheit); B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt [1976] 1 Lloyd's 471: B.P. war "Operator, all principal and active obligations were to be performed by B.P., administration and ancillary activities take place in London"; Offshore International S.A. v. Banco Central S.A. [1976] 3 All E.R. 749: Vertragserfüllung in New York.
- 4) Triebel aaO. Rn. noch 107 und Graveson aaO. S. 429; Lloyd v. Guibert [1865] L.R. 1 Q.B. 115.
- 5) Graveson aaO. S. 427 mit der Einschränkung, daß die englische Sprache in vielen Fällen als Handelssprache verwendet wird, ohne daß damit ein Indiz für die Rechtswahl gegeben ist; Triebel aaO. noch 107.
- 6) Compagnie Tunesienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A. wie vor, Ausführungen von Lord Reid S. 102.

ferner auch eine Gerichtsstandsklausel oder Schiedsgerichtsklausel¹⁾. Die Anknüpfung an eine Gerichtsstandsklausel oder Schiedsgerichtsklausel bedeutet scheinbar eine Rückkehr zur traditionellen englischen Betrachtungsweise im Sinne einer Identifikation von "Law and Court"²⁾. Das Merkmal wird im Einzelfall jedoch nicht ohne Berücksichtigung auch anderer Umstände gewertet³⁾.

Für eine Patronatserklärung gemäß Beispiel Nr. 6 S. 6 in deutscher Sprache oder gemäß Beispiel Nr. 5 S. 106 in englischer Sprache kommt es demgemäß bei fehlender Rechtswahl darauf an, welche Merkmale in ihrer Gesamtheit die Patronatserklärung bestimmen. Nur wenn die Patronatserklärung in deutscher Sprache abgefaßt ist und die Muttergesellschaft diese etwa in Deutschland unterzeichnet hat und sich ggfs. auf einen Gerichtsstand in Deutschland eingelassen hat, wird man unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens zur Anwendung deutschen Rechts kommen können. Anderenfalls werden die Faktoren regelmäßig auf die engere Beziehung zum englischen Rechtskreis hinweisen, vor allem, wenn die Erklärung

1) Triebel aaO. noch 107;
Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Company Tunesien de Navigacion S.A. [1970] 3 W.L.R. 389= [1969] 2 Lloyd's 71 C.A. or [1970] 2 Lloyd's 99 H.L.;
Graveson aaO. S. 417/418 und
Lord Wilberforce/Graveson aaO. S. 423.

2) Graveson aaO. S. 417/418.

3) Vgl. S. 173.

in England in englischer Sprache abgegeben worden ist¹⁾.

Die Behandlung des renvoi dürfte zumindest im Vertragsrecht dahingehend entschieden sein, daß grundsätzlich kein Raum für einen renvoi gesehen wird, es sei denn, daß die Parteien das Kollisionsrecht ausdrücklich hätten einbeziehen wollen²⁾. Eine etwaige Teilverweisung wird im Vertragsrecht nicht ausgeschlossen³⁾.

Die Form eines Vertrages richtet sich grundsätzlich nach dem Abschlußort - bei Abschluß unter Abwesenden nach dem Recht des Abgangs der Annahme eines Vertragsangebotes⁴⁾. In der Literatur wird jedoch auch die Meinung vertreten, daß die Form des anwendbaren "proper law of the contract" ausreichen könne⁵⁾.

Im übrigen wird die Form

- 1) Unterstützend sei hier nochmals auf die Beurteilung verwandter Fälle wie den letter of credit in Sachen Offshore International S.A. v. Banco Central S.A. and Hijos de J. Barrera S.A. [1976] 2 Lloyd's 402 = Magnus RIW/AWD 1977, 165 verwiesen und auf Fälle des Versicherungsrechts, in denen u.a. der Hauptsitz der Versicherung eine Rolle spielt, vgl. Rossano v. Manufacturers' Life Insurance Co. [1963] 2 Q.B. 352 und Dicey and Morris aaO. S. 810 Rule 139, wonach mangels Rechtswahl und besonderer Umstände, die auf eine enge Verbindung zu einem bestimmten Rechtssystem hindeuten, der Versicherungsvertrag dem Recht des Staates unterliegt, in dem der Versicherer seinen Geschäftssitz hat.
- 2) oder ein Gericht damit eine gerechte Entscheidung hätte finden wollen, Graveson aaO. S. 76, der zum Grundsatz eine Stellungnahme des Court of Appeal wiedergibt mit "The Principle of renvoi finds no place in the fields of contract";
Staudinger-Firsching aaO. Rn. 80 a;
Graue "Rück- und Weiterverweisung im internationalen Vertragsrecht" AWD 1968 S. 121 (124);
Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 321.
- 3) Staudinger-Firsching aaO. Rn. 80 a.
- 4) Graveson aaO. S. 439/440;
Triebel aaO. Rn. noch 107 S. 235.
- 5) Staudinger-Firsching aaO. Rn. 76 2 b. ,

teilweise als Verfahrensvoraussetzung bzw. Beweisfrage gewertet, so z.B. das Erfordernis der Schriftform nach dem Statute of Frauds von 1672 insbesondere für Garantieverprechen (to answer for debt, default or miscarriage of another person). Ist somit der Vertrag nach dem materiellen Recht wirksam, die Form aber nicht eingehalten, so ist er in England u.U. nicht durchsetzbar¹⁾.

Die Währung einer Vertragsschuld (money of account) bestimmt sich nach dem Recht des Schuldstatuts (des Hauptvertrages), dem sogenannten proper law, die Zahlung (money of payment²⁾ - das wie) dagegen nach dem Erfüllungsort. Es genügt die Bezahlung der vereinbarten ausländischen Rechnungseinheit. Abweichend vom deutschen Recht erfolgt eine Anpassung nach Treu und Glauben (im Rahmen des Schuldstatuts, nicht des Währungsstatuts - strittig -³⁾) bei Währungsverfall nicht⁴⁾.

Schadensersatzansprüche aus Vertrag müssen vor einem englischen Gericht nicht unbedingt in Pfund Sterling ausgedrückt werden. Zunächst ist zu prüfen, ob die Vertragsparteien im Vertrag eine Währung ausdrücklich oder

1) Siehe Fußnote 4) S. 177 sowie S. 111;
Staudinger-Firsching aaO. Rn. 68;
Triebel aaO. Rn. noch 107 S. 235.

2) Triebel aaO. Rn. noch 107 S. 235;
Graveson aaO. S. 441;
Auch die vereinbarte Fremdwährung insbesondere eines EWG-Mitgliedsstaates kann von einem dort ansässigen Gläubiger vor englischen Gerichten eingeklagt werden - Court of Appeal vom 26.11.1974 Schorsch Meier GmbH v. Hennin RIW/AWD 1975,164 - oder eine Fremdwährung anderer Art - Court of Appeal Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd. RIW/AWD 1975,296;
Triebel aaO. Rn. noch 103.

3) Staudinger-Firsching aaO. Rn. 411.

4) Graveson aaO. S. 442.

stillschweigend festgelegt und sämtliche Vertragsansprüche einer Währung unterstellt haben. Ist ein solcher Parteiwille nicht feststellbar, so ist der Geschädigte in der Währung zu entschädigen, die seinen Schaden am wahrhaftigsten deckt (which most truly expresses his loss). Dies ist meist die Währung, in der der Geschädigte üblicherweise seine Geschäfte tätigt¹⁾.

Verlangt die Muttergesellschaft, wie auf S. 112 aufgezeigt, bei Zahlung aus der Patronatserklärung die Abtretung der Hauptforderung, so ist dafür auch aus englischer Sicht im wesentlichen das Recht maßgebend, das für die abzutretende Hauptforderung gilt (z.B. deutsches Recht). Dies ergibt sich aus folgendem:

Die Forderungsabtretung ordnet das englische internationale Privatrecht im Prinzip dem Recht der Belegenheit der "Sache" zu und reiht die Forderungsabtretung unter die Kategorie der "intangible movables" ein. Intangible movables wie Forderungen, insbesondere Schulden und bestimmte Rechte (choses in action) sind dort belegen, wo sie geholt bzw. durchgesetzt werden können²⁾.

Das Recht der Belegenheit der Sache - lex situs - gilt aber nicht in allen Fällen. Die Anknüpfung ist

- 1) The Despina R.; Services Europe Atlantique Sud (S.E.A.S.) v. Stockholm Rederiaktiebolag SVEA [1978] 3 W.L.R. 804 (H.L.) (E.) vgl. auch Magnus in RIW 1979, 347; Jean Kraut AG v. Albany Fabrics Ltd. [1976] 3 W.L.R. 872 (Q.B.D.) = Magnus in RIW/AWD 1977, 167.
- 2) Graveson aaO. S. 454, 470, 472, in diesem Sinne sind auch die Ausführungen von Triebel aaO. noch 107 S. 235 zu verstehen.

vielmehr unterschiedlich und kontrovers¹⁾. Im Einzelfall können beispielsweise auch das Recht des Ortes der Abtretung - *lex actus* - oder das Recht des Wohnsitzes der Parteien - *lex domicilii* - ausschlaggebend sein, insbesondere dann, wenn die mit der Abtretung verbundenen Fragen der *capacity* (Geschäftsfähigkeit) und Form im Vordergrund stehen²⁾.

Ferner befürwortet eine neuere Rechtstheorie die Beurteilung der Forderungsabtretung nach dem Recht des Hauptvertrages³⁾.

Im übrigen werden unabhängig von den bestehenden, unterschiedlichen Auffassungen in der Rechtsprechung und Lehre die wichtigsten Elemente einer Abtretung nach dem "proper law of the original transactions" beurteilt, und zwar die Abtretbarkeit einer Forderung, der Umfang des Schuldnerschutzes, die Rangfolge bei mehrfacher Abtretung und die Voraussetzung einer Abtretung (wie z.B. die Benachrichtigung des Schuldners). Somit hat das "proper law" des Hauptvertrages entscheidenden Einfluß. Die Rechtswirksamkeit der Abtretung richtet sich dagegen nach dem Abtretungsstatut⁴⁾.

- 1) Klein aaO. WM 1978,390;
Graveson aaO. S. 475: "The wide variety of theories of the assignment of intangible movables merely reflects various aspects of the present state of confusion which besets English law".
- 2) Klein aaO. WM 1978,390;
Graveson aaO. S. 475/478.
- 3) Graveson aaO. S. 474.
- 4) Graveson aaO. S. 477;
Triebel aaO. noch 107 S. 235;
Klein aaO. WM 1978,390 (391);
Morris aaO. S. 431:
"The key to the problem lies in distinguishing between
 - 1.) question of assignability, governed by the proper law of the debt
 - 2.) question of the intrinsic validity of the assignment, governed by the law of the assignment
 - 3.) question of priorities, governed by the proper law of the debt
 - 4.) questions of attachment or garnishment (involuntary assignment) governed by the *lex situs* of the debt."

IV. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach
französischem internationalen Privatrecht

Abgesehen davon, daß für Frankreich das zur Zeit im Entwurf vom 19. 6. 1980 vorliegende Europäische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht¹⁾ gelten wird, ist bei Gleichstellung einer Patronatserklärung mit einer Bürgschaft²⁾ bei Auslandsberührung wesentlich, daß die Parteien gewohnheitsrechtlich und von der Rechtsprechung anerkannt das anzuwendende Recht frei wählen können (Parteiautonomie)³⁾, und zwar ausdrücklich oder stillschweigend

- 1) Sandrock aaO. Band 2 Anhang A II S. 1006 ff.
- 2) Association Professionnelle des Banques aaO.;
Terray aaO. S. 334;
zur Bürgschaft vgl. S. 123 sowie
IWB R.L. Catrice Fach 5 Frankreich Gruppe 3 Seite 15;
Sonnenberger aaO. Rn. 89;
Bodenstein-Eberth aaO. S. 46 ff;
Reinecker aaO. Anm. 50 ff;
Henri Batiffol 4. édition 1967 Anm. 610 S. 668:
"Le cautionnement, résultant d'un acte distinct de celui qui crée l'obligation garantie, est soumis à sa loi propre. Mais il paraît raisonnable de présumer, jusqu'à preuve contraire, que les parties s'en sont référées à la loi de l'obligation garantie".
- 3) Bodenstein-Eberth aaO. S. 20;
Wittenstein/Böckl Frankreich 1120 Anm. 1 a;
Sandrock/Steinschulte aaO. Band 1 A 265;
Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 42b/3;
Henri Batiffol/Paul Lagarde "Droit international privé"
7. Ausgabe Bd. 1 1981 Anm. 284 S. 332 - demgemäß richten sich nach dem Vertragsstatut: la formation, les effets et les conditions;
Jean Derruppé "Droit international privé" 6. Ausgabe 1980 S. 98;
Ferid aaO. Anm. 1 B 47;
La Semaine Juridique 1971 II 16927 (Paris 5^e Ch. vom 19.6.1970).

(zumindest im Sinne einer *silence circonstancié*)¹⁾,
sofern das gewählte Recht mit dem Vertrag faktische

- 1) bejaht von Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 266 und Sandrock Scheckliste in RIW/AWD 1980, 296 (297), Sandrock "Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht" 1966 S. 179 ff (181);

Metzger "Gerichtsstands- und andere Klauseln im Geschäftsverkehr mit Frankreich" AWD 1974, 377 (378 r.Sp.) bei stillschweigender Hinnahme vorgedruckter Geschäftsbedingungen, wenn sie klar und deutlich vor Abschluß des Vertrages der Gegenseite mitgeteilt worden sind; a.A. Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 42b/3d; nicht ganz eindeutig:

Batiffol/Lagarde aaO. Anm. 284 S. 332 unterscheidet zwischen der Vereinbarung "expresse" und "présomptive" und verweist auf die grundlegende Entscheidung des Cour de cassation von 1910, in der es heißt

"qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes mêmes du contrat".

An anderer Stelle spricht er vom "volonté implicite". Er unterscheidet also nicht deutlich zwischen stillschweigender und präsumptiver Rechtswahl.

ebenso Jean Derruppé aaO. S. 98, 100, 101 und Jean Stoufflet "Les conflits de lois en matière d'opération de Banques" in "Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques 1965, Université de Clermont S. 208, der nach "l'intention vraisemblable des parties" sucht.

Im übrigen betrachtet Batiffol aaO. Anm. 284 (i.V. Anm. 572 in der 4. édition 1967) das Gesetz der Parteiautonomie als eine Form des lokalen Rechts "On montrera ultérieurement que la loi d'autonomie peut être considérée comme une forme de la loi locale".

Derruppé aaO. S. 99 gibt Batiffols Ansicht wie folgt wieder: "le rôle de la volonté des parties n'est pas le choix de la loi mais la localisation du contrat" und zitiert den Cour de cassation, der sinngemäß feststellt: "les juges du fond apprécient souverainement les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat d'où ils déduisent la loi qui lui est applicable (Civ. 1re, 29 juin 1971, Nasser)".

Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Anm. 42b/3d führt die Ansicht von Batiffol daher im Zusammenhang mit der Ermittlung des präsumptiven (statt stillschweigenden) Parteiwillens auf.

vgl. zur Lokalisationstheorie von Batiffol auch Sandrock "Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht" S. 185;

zur *silence circonstancié* Sonnenberger aaO. Rn. 12: diese liegt vor etwa bei vorausgehenden Vertragsverhandlungen, ständiger Geschäftsverbindung, Behandlung entsprechender, früherer Geschäfte; Schweigen ist dagegen unbeachtlich im Hinblick auf "clauses exorbitantes" wie Freizeichnungs-, Schieds- und Gerichtsstandsklauseln.

Berührungspunkte hat bzw. ein anerkennenswertes Interesse (so insbesondere bei der Wahl eines neutralen Rechts) besteht und die Rechtswahl nicht rechtsmißbräuchlich erscheint¹⁾. Der Parteiautonomie unterliegen nicht: die Geschäftsfähigkeit (*capacité*), die Form (*sous réserve du caractère facultatif de la règle Locus regit actum*)²⁾, Sachenrechte (*régime des biens*) und "les dispositions assurant la police du contrat"³⁾.

Ob für die Ermittlung der stillschweigenden Rechtswahl Anhaltspunkte wie Gerichtsstands- und Schiedsklauseln, die Bezugnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Partei oder auch Institutionen einer Rechtsordnung, der Erfüllungsort, die Vertragssprache oder die Vertragswährung weiterhelfen⁴⁾, entscheidet der Einzelfall⁵⁾.

Die Gerichtspraxis läßt jedenfalls nicht immer einwandfrei erkennen, ob sie im Hinblick auf die vorgenannten Merkmale an den stillschweigenden oder - was auf der "nächsten Stufe" zu erörtern ist - an den präsumptiven Parteiwillen anknüpft.

- 1) also der relativ großzügig gehandhabte *ordre public* gewährt, eine Gesetzesumgehung (*fraude à la loi*) vermieden und ein bestimmter Vertrauensschutz gegeben ist. Ferid aaO. Anm. 1 B 55; Sandroock Scheckliste in RIW 1980,296 (297); Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 42b; Derruppé aaO. S. 99,100, ausgenommen sind z.B. Arbeits- und Versicherungsverträge.
- 2) Die Ortsform gilt facultativ neben der Form nach dem Vertragsstatut - *lex causae*, Ferid aaO. Anm. 1 B 51; Sandroock/Scheckliste in RIW/AWD 1980,296 (299); Derruppé aaO. S. 102.
- 3) Derruppé aaO. S. 102.
- 4) und ggfs. ergänzend Indizien wie Nationalität, Domizil der Parteien oder "*rédaction du contrat*"; Sandroock Scheckliste in RIW 1980,296 (297); Batiffol/Lagarde aaO. Anm. 284 S. 332 (zum Gerichtsstand); Derruppé aaO. S. 100.
- 5) Eine Vertragsspaltung wird nach moderner Auffassung abgelehnt Derruppé aaO. S. 101; Sandroock "Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht" aaO. S. 179.

In der Entscheidung des Cour d'Appel d'Amiens vom 25. 5. 1970¹⁾ wird beispielsweise mangels ausdrücklicher Rechtswahl die Hauptschuld an Hand bestimmter, objektiver Merkmale "lokalisiert".²⁾ Die Hauptschuld, für die algerisches Recht ermittelt wird, beruhte auf zwei Wechseln - "la dette principale à sa source dans 2 billets à ordre souscrits en Algérie après l'accession de ce pays à l'indépendance par une société qui a son siège à Philippeville au profit de l'agence dans cette ville de la C.F.C.B. (Bank), lesquels billets, souscrits en règlement d'avances consenties à la même époque pour les besoins de l'entreprise sur le territoire algérien, étaient stipulés payables en Algérie"³⁾.

Die damit verbundene, im Streit befindliche Bürgschaft zweier Gesellschafter des genannten algerischen Unternehmens wird ebenfalls nicht auf den stillschweigenden Parteiwillen hin untersucht, sondern mit Rücksicht auf die enge wirtschaftliche und tatsächliche Beziehung zur Hauptschuld dem Recht dieser Hauptschuld unterstellt, obwohl sie im Prinzip - wie betont wird - ein eigenes "loi propre" haben kann.

Entsprechend hatte der Cour d'Appel de Paris in der Entscheidung vom 21. 5. 1957⁴⁾ den Garantierauftrag einer dänischen Bank unter gleichzeitiger Garantiehaftung dieser Bank gegenüber dem Auftragnehmer, einer Franko-serbischen Bank, dem Recht unterworfen, dem die Verpflichtung der

1) Journal du droit international 1971.86.

2) Batiffol zeigt in seiner Anmerkung dazu jedoch durchaus Ansatzpunkte für den impliziten Parteiwillen der Beteiligten auf, ohne allerdings das Ergebnis der Entscheidung in Frage zu stellen, Revue critique de droit international privé 1973.77/87.

3) Vgl. auch Revue critique de droit international privé 1973.77/87 zur entsprechenden Entscheidung des Cour de cassation vom 25.2.1972.

4) Revue critique de droit international privé 1958.128.

Franko-serbischen Bank unterlag (où l'acte que le mandataire est chargé d'accomplir, doit être exécuté).

Im Bürgschaftsrecht dürfte sich damit die Prüfung schwerpunktmäßig auf die "nächste Stufe" verlagern, auf der normalerweise der präsumptive Parteiwille¹⁾ oder der "Schwerpunkt der Vertragselemente"²⁾ bzw. die "Lokalisation"³⁾ des Vertrages (auch unter Berücksichtigung des Abschluß- und Erfüllungsortes)⁴⁾ ermittelt wird. Ob im übrigen bereits eine Vermutung dafür spricht, daß eine Bürgschaft dem Recht der Hauptschuld unterliegt, wird insbesondere von Batiffol abgelehnt⁵⁾. Er hält die Vermutung grundsätzlich für widerlegbar.

Demgemäß braucht eine Patronatserklärung nicht unbedingt dem Recht der Hauptschuld (hier der Kreditschuld) zu unterliegen. Sie hat ein eigenes Statut. Gewöhnlich deuten die wesentlichen Merkmale bzw. Elemente der Erklärung wie die Sprache, der Abgabeort oder der Erfüllungsort auf die Geltung des französischen Rechts hin. Das heißt: Die Patronatserklärung wird, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, von dem Recht am Sitz der Muttergesellschaft beherrscht.

Sollte sich davon abweichend nach der kollisionsrechtlich ermittelten Rechtsordnung eine Rück- oder Weiterverweisung ergeben, so wird diese im französischen Obligationenrecht dann nicht beachtet, wenn auf den ausdrücklichen oder

- 1) Staudinger-Firsching aaO. Vor Art. 12 Rn. 42b/3d; Batiffol aaO. S. 332.
- 2) Staudinger-Firsching aaO. Rn. 42b/3d; Stoufflet aaO. S. 209 zum "centre de gravité du contrat" für die opérations bancaires.
- 3) Journal du droit international 1971.86
Revue critique de droit international privé 1973.77;
Zur "Lokalisationstheorie" von Batiffol vgl. Fußn. 1)
S. 182.
- 4) Staudinger-Firsching aaO. Rn. 42b/3d; und zwar subsidiär an den Abschlußort, dessen Ermittlung bei Erklärungen unter Abwesenden str. ist und nach der Rechtsprechung als Tatfrage (question de fait) behandelt und an Hand des Parteiwillens vollzogen wird, so Staudinger-Firsching aaO. Rn. 31/5 i.V. 42b/3d.
- 5) Vgl. S. 181 und Revue critique de droit international privé 1973.77/87/88.

stillschweigenden bzw. präsidentiven Parteiwillen abgestellt werden kann¹⁾.

Währungsfragen werden grundsätzlich primär unter dem Aspekt französischen Devisenrechts behandelt ("au nom de l'ordre public"), so daß das für die Zahlungsverpflichtung maßgebende Vertragsrecht (monnaie de compte) und das Recht des Erfüllungsortes für die Leistung selbst (monnaie de règlement) nachrangig sind²⁾.

Für die Abtretung der (Kredit-)Forderung der Bank gegen die Tochtergesellschaft bei etwaiger Zahlung durch die Muttergesellschaft an die Bank kommt es in bezug auf die Rechte und Pflichten des Schuldners auf das Recht der abzutretenden Forderung an, in bezug auf Form- und Wirksamkeitserfordernisse aber wohl auch auf das Recht am Sitz des Schuldners³⁾. In der Entscheidung des Cour d'Appel de Paris vom 11. 2. 1969⁴⁾ heißt es:

- 1) Sandrock Scheckliste RIW 1980, 296 (297); Sandrock/Steinschulte aaO. Bd. 1 A 249; Graue aaO. AWD 1968, 121 (124); Staudinger-Firsching aaO. Rn. 42b/3e; für die "manifestation de volonté" vgl. Derruppé aaO. S. 65: "La loi compétente résultant d'une manifestation de volonté, le renvoi ne doit pas faire échec à cette volonté. A mon avis, cela n'exclut pas systématiquement le renvoi, mais oblige à le concilier avec la volonté exprimée." Ferner ist lt. Derruppé der renvoi ausgeschlossen in Formfragen (wegen des facultativen "Locus regit actum") und im Kindschaftsrecht (S. 66); ebenso Batiffol aaO. Anm. 311 S. 363 ff; im übrigen gilt aber Renvoi-Freundlichkeit insbesondere im Personen-, Familien- und Erbrecht; Graue aaO. AWD 1968, 121 (124); Derruppé aaO. S. 62; Batiffol aaO. Anm. 300 S. 352.
- 2) Batiffol aaO. 4. édition 1967 Anm. 613; Bodenstein/Eberth aaO. S. 28 und Ausführungen S. 122 und dortige Fußnote 2).
- 3) Adolf Schnitzer "Handbuch des Internationalen Privatrechts" S. 581; Bodenstein-Eberth aaO. S. 21.
- 4) Recueil Dalloz Sirey 1970, 522.

"Les droits et obligations de débiteur cédés ne sauraient être modifiés par un acte étranger auquel il n'est pas intervenu et sont nécessairement déterminés par la loi sous l'empire de laquelle la dette a pris naissance",

Hat die Tochtergesellschaft also beispielsweise ihren Sitz in Frankreich, muß die Muttergesellschaft daran interessiert sein, die Kreditforderung einerseits nach dem Recht der Kreditforderung und andererseits bezüglich förmlicher Voraussetzungen in Übereinstimmung mit dem französischen Recht zu erwerben. Auf die Notwendigkeit der förmlichen Unterrichtung im Sinne einer signification oder Annahme der Übertragung in öffentlicher Urkunde (gemäß Art. 1689 - 1701 Code civil) und auf die wenigen kraft Gesetzes bestehenden Ausnahmen für eine weniger förmliche Abtretung ist auf S. 128 verwiesen worden.

Im übrigen kann sich die Absprache zwischen dem Zedenten und Zessionar nach ihrem eigenen Recht richten¹⁾.

1) Batiffol aaO. Anm. 611 und

Cour d'Appel de Paris 11.2.1969

"Les rapports entre les parties qui ont conclu la cession d'une créance sur un tiers sont soumis à la loi qui régit cette convention particulière, spécialement à la loi suisse, laquelle est à la fois celle du lieu de la conclusion du contrat et celle de la nationalité des deux personnes morales qui l'ont passée."

V. Zusammenfassung

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß nach dem jeweiligen internationalen Privatrecht der hier behandelten Rechtsordnungen für das Vertrags- bzw. Obligationenrecht in erster Linie der Grundsatz der Parteiautonomie gilt. Machen die Parteien hiervon ausdrücklich keinen Gebrauch, wird an den stillschweigenden oder hypothetischen Parteiwillen angeknüpft. Bei Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen folgt beispielsweise das englische internationale Vertragsrecht jedenfalls teilweise einer subjektiven Methode zur Ermittlung des präsumptiven Parteiwillens¹⁾. Im übrigen wird nach den vorgenannten Rechtsordnungen einschl. der englischen Rechtsordnung²⁾ nach objektiver Methode vorgegangen. Nach deutschem internationalen Privatrecht dient die objektive Methode unter Berücksichtigung der besonderen Vertragsmerkmale der Ermittlung des Schwerpunktes des Vertragsverhältnisses. Dies entspricht einer Interessenabwägung auf objektiver Grundlage. Der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses gibt vorrangig Aufschluß über die anzuwendende Rechtsordnung³⁾.

Nach der schweizerischen Vertragstypenlehre ist das Recht maßgebend, das am Sitz (*résidence habituelle*) des Erbringers der vertragstypischen Leistung gilt. Es wird also zunächst die vertragstypische bzw. vertragsprägende Leistung festgestellt⁴⁾.

1) S. 173.

2) S. 154.

3) S. 150.

4) S. 149/167.

Auf der Basis der englischen Theorie der "closest and most real connection" wird nach der engsten Beziehung des Vertrages zu einem bestimmten Land bzw. zu einer bestimmten Rechtsordnung gesucht¹⁾, und nach französischem internationalen Privatrecht wird an den Schwerpunkt der Vertragselemente angeknüpft bzw. die anzuwendende Rechtsordnung nach der "Lokalisationstheorie" ermittelt²⁾.

Die Anknüpfung auf dieser "Stufe" führt demgemäß zu dem übereinstimmenden Ergebnis, daß eine Patronatserklärung einer schweizerischen, englischen oder französischen Muttergesellschaft mangels ausdrücklicher Rechtswahl in der Regel nach dem Recht zu beurteilen ist, das am Sitz der Muttergesellschaft gilt³⁾.

Läßt sich nach deutschem IPR der hypothetische Parteiwille nicht ermitteln, kann auf der vierten Stufe der Anknüpfungsleiter hilfsweise an den Erfüllungsort angeknüpft werden. Der Erfüllungsort für Leistungen aus einer Patronatserklärung ist in der Regel zugleich Sitz der Muttergesellschaft, so daß auch insoweit deren Heimatrecht als das maßgebende Recht anzusehen ist⁴⁾.

Rück- und Weiterverweisungen sind nach diesem Ergebnis im allgemeinen nicht möglich.

1) S. 154/174.

2) S. 156/185.

3) S. 151, 167, 176, 185.

4) S. 159.

Teil 4: Gerichtliche Geltendmachung, Anerkennung und Vollstreckung "aus" einer Patronatserklärung

1. vor ordentlichen Gerichten

a) Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen

Bei Auslandsberührung, insbesondere der Hereinnahme einer Patronatserklärung einer Muttergesellschaft mit Sitz im Ausland, empfiehlt es sich, schon vorab einen Gerichtsstand zu vereinbaren und die Frage nach dem international zuständigen Gericht nicht erst im Zeitpunkt der möglichen Inanspruchnahme der Muttergesellschaft aus der Patronatserklärung klären zu wollen. Entsprechendes gilt für die sachliche und örtliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts. Anderenfalls ist nicht ausgeschlossen, daß die Rechtsverfolgung im Ausland besondere Schwierigkeiten verursacht, etwa weil die Bank mit dem ausländischen Prozeßrecht nicht vertraut ist, Sprachenprobleme hat, ihr Kosten durch Zwischenschaltung eines Korrespondenzanwalts entstehen oder die Rechtsberatungs- und Gerichtskosten, wie etwa in England, nicht erstattungsfähig sind. Oberdies sind Schwierigkeiten denkbar, wenn das ausländische Gericht das gegebenenfalls gewählte deutsche Recht anwenden soll¹⁾.

- 1) Rümker aaO. WM 1974,990 (997);
Kegel aaO. S. 482;
Triebel aaO. S. 224 (noch 103);
wegen der verfahrensrechtlichen Unsicherheit in
Frankreich mit Rücksicht auf die Anfang 1976 in Kraft
getretene ZPO Bodenstein/Eberth aaO. S. 25;
Schütze "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen"
WM 1974,1417.

Dabei darf im Zusammenhang mit einer Patronatserklärung nicht übersehen werden, daß es erfahrungsgemäß selten möglich ist, eine Gerichtsstandsvereinbarung durchzusetzen, entweder, weil die Muttergesellschaft mit einem bestimmten Renommée ein gerichtliches Vorgehen nicht erwartet, die Bank die Zusage der Muttergesellschaft nicht insoweit in Frage stellen will oder einer Patronatserklärung (von beiden Seiten) so wenig Rechtsverbindlichkeit zugemessen wird, daß die Rechtsverfolgung gar nicht erst aussichtsreich erscheint.

Gleichwohl soll die Möglichkeit, einen Gerichtsstand zu vereinbaren, hier näher untersucht werden.

Nach der noch vorherrschenden Meinung auch in der Rechtsprechung ist die Gerichtsstandsvereinbarung ein "materiell-rechtlicher Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen" und nicht eine Prozeßhandlung, die sich nach dem *lex fori* qualifiziert¹⁾.

Ist die Gerichtsstandsvereinbarung ein Teil des Hauptvertrages, so würde sie im Sinne eines "Gleichlaufs"²⁾ von Hauptvertrag und Gerichtsstandsvereinbarung dem Schuldstatut des Hauptvertrages (Patronatserklärung) unterliegen³⁾. Denkbar ist auch eine spätere, gesonderte Vereinbarung nach der gleichen oder abweichender Rechtsordnung⁴⁾.

- 1) BGH vom 29.2.1968 BGHZ 49,384;
BGH vom 15.4.1970 WM 1970,885;
BGH vom 17.5.1972 BGHZ 59,23 (26/27);
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann ZPO aaO. § 38 Anm.2 A;
Nielsen aaO. 5/605;
u.a. Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 13 ff (20 a ff);
Schütze aaO. Der Betrieb 1974,1417 (1420);
Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. vor EGBGB 12 Anm. a) 6 v;
lex fori ist dagegen maßgebend für Zulässigkeit, Form und Wirkung (so auch BGHZ 59,23 (26/30)).
- 2) Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 14.
- 3) U.a. Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 14;
Palandt-Heldrich aaO. Vorbem. vor EGBGB 12 Anm. a) 6 v;
BGH vgl. Fußnote 1;
v. Hoffmann in Reithmann 2. Aufl. 1972 Rn. 635.
- 4) § 38 Abs. 3 ZPO;
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann aaO. § 38 Anm. 5 A;
Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 ZPO Rn. 58;
Nagel "Durchsetzung von Vertragsansprüchen im Auslandsgeschäft" 1978 S. 99.

Nach § 38 Abs. 1 ZPO ist die internationale Prorogation unter Vollkaufleuten¹⁾ und nach § 38 Abs. 2 ZPO ist die Vereinbarung eines internationalen Gerichtsstandes durch schriftliche Parteivereinbarung bzw. mündliche Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung zulässig, wenn mindestens eine der Vertragsparteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat²⁾. Diese Regelung entspricht im wesentlichen der staatsvertraglichen

- 1) str. siehe Fußnote 2, wie oben Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 11.
- 2) Daß § 38 Abs. 2 ZPO insbesondere wegen der Formvorschriften dem Absatz 1 als spezielle Norm vorgehen soll, wird nach nicht unbestrittener Ansicht vertreten von Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 28 ff. Anderenfalls würde § 38 Abs. 2 ZPO nur praktisch, wenn nicht bereits Prorogation nach § 38 Abs. 1 unter Kaufleuten erfolgt ist und z.B. eine Vereinbarung mit einem ausländischen Nichtkaufmann getroffen werden soll, sowie AG Charlottenburg vom 23.12.1974 NJW 1975,502; - Nach überwiegender Ansicht in der Literatur gilt Abs. 1 jedoch auch für die internationale Prorogation unter Kaufleuten: Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 11; Löwe "Das neue Recht der Gerichtsstandsvereinbarung" NJW 1974,475; Putzo NJW 1975,502 Anm. zum Beschluß des AG. Charlottenburg vom 23.12.1974 S. 503 1.Sp.: "Die Funktion des § 38 Abs. 2 ZPO ist es, internationale Gerichtsstandsvereinbarungen über die innerdeutsche örtliche und sachliche Zuständigkeit, soweit sie nicht durch § 38 Abs. 1 ZPO zugelassen sind, vom Grundsatz des Prorogationsverbots auszunehmen und in der Form dem Art. 17 des Europ. Gerichtsstandsübereinkommens anzugleichen. Dies gilt für Personen, wenn einem oder beiden die unbeschränkte Prorogationsbefugnis des § 38 Abs. 1 ZPO fehlt." Samtleben "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstands-novelle" NJW 1974,1595; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann aaO. § 38 3 B; Für die Vereinbarung nach § 38 Abs. 1 und 2 genügt es, daß das Gericht bei Klageerhebung bestimmbar ist - so Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 61.

Regelung des für die sechs ursprünglichen EWG-Mitgliedsstaaten geltenden EG-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen vom 27. 9. 1968 (BGBl II 1972,774), das am 1. 2. 1973 in Kraft getreten ist (BGBl II 1973,60)¹⁾. Im Verhältnis zu § 38 ZPO ist das EG-Übereinkommen Spezialnorm²⁾.

Art. 17 des Übereinkommens regelt die Zulässigkeit und Erfordernisse des Abschlusses von - schriftlichen bzw. schriftlich bestätigten mündlich getroffenen - Gerichtsstandsvereinbarungen, soweit ein inter-nationaler Bezug vorliegt (also nicht für reine Inlandsfälle)³⁾. Mindestens eine der Parteien muß in einem Vertragsstaat ihren Wohnsitz haben. Damit wird der Fall erfaßt, daß die Bank und die Muttergesell-schaft mit Sitz in verschiedenen Vertragsstaaten die Zuständigkeit eines Gerichts oder der Gerichte eines Vertragsstaates vereinbaren. Ferner gilt Art. 17 des Übereinkommens, wenn die deutsche Bank mit einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem Nichtvertrags-staat wie der Schweiz einen Gerichtsstand in einem

- 1) Nagel aaO. S. 266 ff;
Stein-Jonas aaO. 20. Aufl. 1979 Schumann Einl. Rn. 901;
Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 20.
- 2) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann ZPO 36. Aufl. 1978 Anm. 4;
Löwe aaO. NJW 1974 S. 473;
Diederichsen "Die neuen Grenzen für Gerichtsstands-vereinbarungen" Betriebs-Berater 1974,377 (380);
Nagel "Die Durchsetzung von Vertragsansprüchen im Aus-landsgeschäft" 1978 S. 103 mit weiteren Nachweisen;
Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 26.
- 3) U.a. Nagel aaO. S. 102;
von Hoffmann aaO. AWD 1973,58;
Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E Rn. 112 ff;
wobei auch hier die Bestimmbarkeit des Gerichts genügt
Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 61 und 29.

a n d e r e n EG-Staat als der Bundesrepublik vereinbart¹⁾. Art. 17 gilt dagegen grundsätzlich nicht, wenn die deutsche Bank mit einer Schweizer Muttergesellschaft die Zuständigkeit eines Gerichts in der Bundesrepublik vereinbart²⁾. In diesem zuletzt genannten Fall bleibt es grundsätzlich bei der Vorschrift des § 38 ZPO und dem etwaigen bilateral geltenden Abkommen³⁾.

In bezug auf Art. 17 des Übereinkommens ist festzuhalten, daß eine v e r t r a g l i c h e Vereinbarung zwischen den Beteiligten über den Gerichtsstand zustandekommen muß. Dabei kommt es auf Art. 17 und nicht auf das jeweils nationale Recht an, das unter kollisionsrechtlicher Betrachtung zur Beurteilung des Zustandekommens der Gerichtsstandsvereinbarung (Gleichlauf mit dem Hauptvertrag) herangezogen werden könnte. Die Regelung des Art. 17 über das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung geht somit

- 1) Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 117/118; Samtleben aaO. NJW 1974,1590 (1593).
- 2) Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 119.
- 3) Zwischen der Bundesrepublik und der Schweiz gilt im Prozeßverfahren über vermögensrechtliche Ansprüche das deutsch-Schweizer Abkommen vom 2.11.1929, vgl. Nagel aaO. S. 360 ff; zwischen der Bundesrepublik und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nord-Irland gilt noch das Abkommen vom 14.7.1960 über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, da Großbritannien zwar dem EG-Übereinkommen beigetreten ist, es aber noch nicht ratifiziert hat, vgl. Nagel aaO. S. 320 und Habel in "Recht der Kredit-sicherheiten in europäischen Ländern" Teil IV: England Hadding/Schneider S. 44 Fußn. 3, EuGH vom 17.1.1980 WM 1980,720 (722 1.Sp.).

nationalen Vorschriften vor¹⁾). Unberührt und dem nationalen Recht unterworfen bleiben jedoch Anforderungen, die mit der Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen verbunden sind, wie Anforderungen an z.B. die Geschäftsfähigkeit oder die Einordnung der Gerichtsstandsvereinbarung als materiellrechtlicher oder prozeßrechtlicher Vertrag. Maßgebend sind insoweit die kollisionsrechtlichen Vorschriften des Vertragsstaates, dessen Gericht den Rechtsstreit zu entscheiden hat²⁾.

Was die Formvorschriften des Art. 17 des Übereinkommens betrifft, so entsprechen diese den Formvorschriften des § 38 Abs. 2 ZPO bzw. ist in § 38 Abs. 2 ZPO die Formulierung aus Art. 17 des Übereinkommens übernommen worden. Insofern können die Formvorschriften nachstehend gemeinsam behandelt werden³⁾.

Zuvor sollen jedoch noch einige Aspekte des § 38 ZPO erörtert werden: Im Hinblick auf § 38 ZPO müssen möglichst aner kennenswerte Interessen der Parteien die internationale Gerichtsstandsvereinbarung bestimmen⁴⁾. Darunter ist das Interesse der Parteien zu verstehen, das sich bei einer Auslandsberührung ergibt, insbesondere wenn "ein Vertrag Wertbewegungen auslöst, die den Bereich einer Rechtsordnung

1) Jung/
Sandrock aaO. Bd. 2 E 123.

2) Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 124.

3) Zur Form: Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 126 ff;
Samtleben aaO. NJW 1974,1590 (1595).

4) Schütze "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen"
DB 1974,1417 (1419).

überschreiten"1)).

Im übrigen werden Mißbrauchsfälle durch § 38 Abs. 2 Satz 3 ZPO eingeschränkt²⁾. Ferner sollte berücksichtigt werden, ob das möglicherweise ergehende Urteil anerkennungsfähig und vollstreckbar ist³⁾, obwohl die Vereinbarung als solche davon nicht berührt wird⁴⁾. Anderenfalls kann z.B. die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes im Einzelfall

- 1) Schütze aaO. DB 1974, 1417 (1419);
Die Auslandsbeziehung soll dann nicht notwendig zu dem Staat bestehen, dem das prorogierte Gericht angehört. Ausreichend soll auch ein Interesse sein, das Parteien daran haben, daß das prorogierte Gericht entscheidet, wenn z.B. in einer Vertragsbeziehung zwischen einem schwedischen und deutschen Unternehmen die Vereinbarung eines deutschen oder schwedischen Gerichtsstands nicht sinnvoll ist, da die Urteile nicht wechselseitig anerkannt und vollstreckt werden. Ein Schweizer Urteil könnte dagegen in beiden vorgenannten Staaten anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden. Die Vereinbarung eines Schweizer Gerichtsstands ist damit Gegenstand eines anerkennenswerten Interesses. Dieser Sonderfall kommt in der Rechtsbeziehung zur Schweiz, zu England und Frankreich, wie sich in den nachstehenden Ausführungen zeigen wird, nicht in Betracht.
- 2) Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 19;
Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 38 ff: "vor allem im Interesse des inländischen Verbrauchers".
- 3) U.a. Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 56 ff.
- 4) Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 68.

zum Verlust jeden Rechtsschutzes führen, da aus einer solchen Entscheidung nicht vollstreckt werden kann¹⁾.

Bei Vereinbarung eines Gerichtsstandes durch Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist zu beachten, daß diese Möglichkeit mit Rücksicht auf die Formvorschrift des Art. 17 des E G-Übereinkommens nur zulässig ist, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von dem Vertragspartner unterzeichnet werden²⁾ oder in der unterzeichneten Urkunde ein deutlicher Bezug auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (etwa umseitig abgedruckt) erfolgt, "eine Partei diesem Hinweis also bei Anwendung normaler Sorgfalt nachgehen kann"³⁾.

Im Verhältnis zu Großbritannien⁴⁾ ist eine eindeutige und (aus Beweisgründen) schriftliche Einbeziehung in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ebenfalls

- 1) Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 70 ff m. Nachw.; Stein-Jonas aaO. Leipold § 38 Rn. 68, der in Härtefällen durch ergänzende Vertragsauslegung oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach Treu und Glauben zur Zuständigkeit des ausgeschlossenen Gerichts kommt bzw. ggfs. § 1025 Abs. 2 ZPO analog heranziehen will.
- 2) Bodenstern/Eberth im Rechtsverkehr mit Frankreich aaO. S. 25; a.A. Samtleben aaO. NJW 1974, 1590 (1592), der dies - e contrario - aus dem luxemburgischen Vorbehalt schließt, wonach eine in Luxemburg wohnhafte Partei durch eine Gerichtsstandsabrede nur gebunden ist, wenn sie diese ausdrücklich und besonders angenommen hat; so auch von Hoffmann aaO. AWD 1973, 62.
- 3) Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E Rn. 128 ff mit Nachweisen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; EuGH vom 14.12.1976 NJW 1977, 494; BGH vom 4.5.1977 RIW 1977, 649; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann aaO. Schlußanhang V C 1 zu Art. 17; Nielsen aaO. 5/609/610.
- 4) Vgl. Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E Rn. 181.

geboten¹⁾.

In der Schweiz und somit im Verhältnis zur Schweiz wird eine Gerichtsstandsvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur in engen Grenzen anerkannt. Ist die Klausel nicht besonders hervorgehoben (was deren Verbindlichkeit zumindest in den Fällen infragestellt, in welchen die AGB selbst nicht unterzeichnet wurden), oder wird auf den Gerichtsstand nicht besonders verwiesen, so ist die Gerichtsstandsklausel unwirksam²⁾.

- 1) Nagel aaO. S. 159 sowie Thieme/Mitscherlich AWD 1974,173; Cohn "Kein Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen durch stillschweigende Annahme im Verhältnis zu Großbritannien", AWD 1972,601; LG Mainz vom 10.12.1971 AWD 1972,298, Ebsen/Jayme wie vor. Jung/Sandrock aaO. Bd.2 ERn. 194 - 196; Graupner "Zum Abschluß von Gerichtsstandsvereinbarungen nach englischem Recht" AWD 1973,129 (130): insbesondere zur wirksamen Annahme "by conduct"; Triebel aaO. Rn. noch 11, wonach nach objektivem Maßstab eine Prüfung im Sinne einer "reasonable sufficient notice" ausreiche, etwa durch Hinweis auf der Vorderseite auf rückwärts abgedruckte AGB, ebenso Brink aaO. Rn. 56; - im übrigen können englische Gerichte eine Gerichtsstandsvereinbarung außer Acht lassen, wenn dies als "just and proper" erscheint, Wittenstein/Böckl aaO. Großbritannien 1160 Anm. 9 a, Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 184 ff; RIW/AWD 1980,447 V 1;
- 2) gestützt auf die in Art. 59 I der Bundesverfassung verankerte Garantie, nur vor dem Richter "im eigenen Wohnsitzkanton eingeklagt werden zu können", so Forstmoser "Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr" in "Rechtsprobleme der Bankpraxis" S. 19 und 29; Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 213; Schweizerisches Bundesgericht vom 13.6.1972 u. 8.3.1972 BGE 98 I S. 311 und 314 = AWD 1973,220/221 i.V. mit Art. 1 und Art. 2 Nr. 2 des deutsch-schweizerischen Abkommens vom 2.11.1929 s. Seite 194 Fußnote 3], wonach eine "ausdrückliche Vereinbarung" verlangt wird; dazu Fuhlrott "Vollstreckung ausländischer Urteile - Gerichtsstandsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen" NJW 1973,1532; Im übrigen muß ein "bestimmtes Gericht" vereinbart werden, vgl. Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 210 und Forstmoser aaO. S. 29 (Anm. 8 b).

Läßt sich ein Gerichtsstand im Zusammenhang mit einer Patronatserklärung, wie oben erwähnt, nicht gesondert vereinbaren, wird eine Bank versuchen, den Gerichtsstand anderweitig festzulegen. Dabei kommt vor allem die Vereinbarung eines Erfüllungsortes zur Bestimmung des Gerichtsstandes in Frage. Nach § 29 Abs. 2 ZPO können Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtlicher Sondervermögen durch Vereinbarung über den Erfüllungsort einen besonderen Gerichtsstand begründen (ausdrücklich oder durch Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in denen der Erfüllungsort in diesem Sinne vereinbart worden ist, vgl. z.B. Nr. 26 der AGB der privaten Banken) Für Nichtkaufleute gilt dies nicht. Insoweit ist durch die Novellierung u.a. des § 29 ZPO durch Gesetz vom 21. 3. 1974 (BGBI I S. 753) eine Einschränkung erfolgt¹⁾.

Nach bisheriger verbreiteter Ansicht soll im Verhältnis zu den sechs ursprünglichen Vertragspartnern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nach dem EG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 9. 1968²⁾ die Bezeichnung eines Erfüllungsortes weder die Zuständigkeit des Gerichts nach Art. 5 Nr. 1 begründen noch eine Vereinbarung im Sinne des Art. 17 ersetzen können, wonach eine schriftliche oder mündliche, schriftlich bestätigte

- 1) u.a. Löwe "Das neue Recht der Gerichtsstandsvereinbarung" NJW 1974, 474;
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann aaO. § 29.
- 2) Baumbach-Lauterbach aaO. Schlußanhang V C vor 1);
Nagel aaO. S. 266.

Vereinbarung erforderlich ist. Man meint, daß anderenfalls die Regelung des Art. 17 unterlaufen würde¹⁾.

Mit der Entscheidung des EuGH vom 17. 1. 1980²⁾ dürfte diese Streitfrage jedoch geklärt sein. Der EuGH führt dazu u.a. aus: "Auf die vom Bundesgerichtshof gestellte Frage ist somit zu antworten, daß dann, wenn der Ort, an dem eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen ist, von den Parteien in einer nach dem auf den Vertrag anwendbaren innerstaatlichen Recht wirksamen Vereinbarung bestimmt worden ist, das Gericht dieses Ortes für die Entscheidung über Streitigkeiten in bezug auf die genannte Verpflichtung nach Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens vom 27. 9. 1968 unabhängig davon zuständig ist, ob die Formvorschriften des Art. 17 beachtet sind."

Insofern kann eine Bank diesen "Ausweg" gegenüber einem Vertragspartner aus einem Mitgliedsstaat (insbesondere Frankreich) wählen, ohne die strengen Formvorschriften des Art. 17 des EG-Übereinkommens beachten zu müssen.

In bezug auf die Schweiz oder England führt die genannte Lösung dagegen nicht zum Erfolg.

Der Wortlaut der bilateralen Abkommen zwischen der Bundesrepublik und Großbritannien und Nord-Irland

- 1) Samtleben "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstands-novelle" NJW 1974,1590 ff (1592); von Hoffmann "Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen" AWD 1973,57 (61); LG Braunschweig vom 28.2.1974 AWD 1974,346 (347); a.A. Stein-Jonas aaO. Schumann § 29 VII Rn. 49 i.V. §§ 43 u. 23 ff, "wenn der vereinbarte Erfüllungsort auch tatsächlich als Leistungsort gewollt ist und nicht eine bloße abstrakte Erfüllungsortvereinbarung vorliegt".
- 2) WM 1980,720 mit Anmerkung von Schütze S. 723; Piltz "Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem EuGVÜ" NJW 1981,1876 (1878).

bzw. der Bundesrepublik und der Schweiz knüpft jeweils nicht unmittelbar an den Erfüllungsort an, sondern verlangt u.a. eine Vereinbarung über die allgemeine Zuständigkeit der Gerichte des Urteilsstaates oder über die Zuständigkeit des Gerichts, das die Entscheidung erlassen hat¹⁾ (anders bei freiwilliger Einlassung oder wenn der Erfüllungsort mit der Hauptniederlassung, einer geschäftlichen Niederlassung oder Zweigniederlassung zusammenfällt²⁾). Die Vereinbarung eines Erfüllungsortes ist daher ungenügend³⁾.

- 1) Nagel aaO. S. 320 ff und S. 360 ff.
- 2) Art. IV des deutsch-britischen Abkommens Nagel aaO. S. 324,
Art. 2 des deutsch-schweizerischen Abkommens Nagel aaO. S. 360.
- 3) Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 212 zur Schweiz, JW 1930,3284; Beachtenswert erscheint folgendes: Das Vereinigte Königreich äußerte sich zur Vereinbarung eines Erfüllungsortes anlässlich der zu Art. 5 und Art. 17 des EWG-Übereinkommens anstehenden Entscheidung des EuGH vom 17.1.1980 WM 1980,720 (722) und regte an, die Vorlagefrage dahin zu beantworten, daß "die Gerichte des Ortes, an dem die in einem bestimmten Rechtsstreit geltend gemachte Verpflichtung zu erfüllen wäre, hinsichtlich dieser Verpflichtung unabhängig davon zuständig sind, in welcher Weise der Erfüllungsort bezeichnet worden ist: entweder durch eine förmlich oder formlos geschlossene Vereinbarung, durch Auslegung, mit Hilfe anderer Bestimmungen eines zur Frage des Erfüllungsortes schweigenden Vertrages oder durch unmittelbare Herleitung aus Regeln des nationalen Rechts."
Im übrigen ist der Gerichtsstand des Vermögens nach Art. 3 des EWG-Übereinkommens ausgeschlossen Nagel aaO. S. 267 und S. 105. Ferner gilt dieser Gerichtsstand nicht nach Art. IV des deutsch-britischen Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommens vom 14.7.1960 und nicht nach Art. 2 des deutsch-schweizerischen Vollstreckungsabkommens vom 2.11.1929, vgl. Schütze aaO. Betriebsberater 1979,349.

b) Anerkennung und Vollstreckung im Ausland

In bezug auf Frankreich ist Grundlage für die Anerkennung und mögliche Vollstreckung (eines deutschen Urteils) das vorerwähnte EG-Übereinkommen vom 27. 9. 1968¹⁾ (Art. 26 und Art. 31). Durch dieses Übereinkommen ist die Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen innerhalb der Vertragsstaaten außerordentlich erleichtert worden. Zwischen Frankreich und der Bundesrepublik ist insoweit ein vertragloser Zustand beendet worden²⁾. Im übrigen hat das Abkommen zur Rechtsvereinheitlichung beigetragen, insbesondere im Zusammenhang mit einer einheitlichen rechtlichen Beurteilung von gerichtlichen Zuständigkeiten³⁾.

Gegen die Anerkennung eines Urteils wegen einer Patronatserklärung bestehen nach diesem Übereinkommen keine Schranken.

In bezug auf England gilt für die Anerkennung eines deutschen Urteils gegen eine in England ansässige Muttergesellschaft das erwähnte zweiseitige Abkommen

1) und zwar nach Art. 25 "jede Entscheidung" (auf Geldzahlung) S. 193 Fußnote 1)
und Nagel aaO. S. 135 ff.

2) von Hoffmann aaO. AWD 1973, 57.

3) Jung/Sandrock aaO. Bd. 2 E 5.

vom 14. 7. 1960¹⁾). Danach muß ein Gläubiger das Urteil binnen 6 Jahren seit Erlaß beim High Court in London registrieren lassen, wenn er gegen den englischen Schuldner in England vollstrecken will. Das deutsche Urteil muß endgültig sein und von einem "oberen Gericht" erlassen sein (von einem deutschen Landgericht, Oberlandesgericht oder dem Bundesgerichtshof). Urteile der Amtsgerichte oder zweitinstanzliche Urteile der Landgerichte sind dagegen nicht anerkennungs-fähig²⁾).

Steht die Vollstreckung eines deutschen Urteils in der Schweiz an, so gilt das deutsch-schweizerische Abkommen vom 2. 11. 1929³⁾. Anzumerken ist, daß z.B. aus deutschen Urteilen⁴⁾ auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung nach dem Schweizerischen Bundesgesetz über

- 1) In Kraft seit dem 15.7.1961 Ganske "Das deutsch-britische Vollstreckungsabkommen" AWD 1961, 172 sowie S. 194 Fußnote 3), BGBI 1961 II S. 1025; Triebel aaO. Rn. 103, der daneben auf das deutsch-britische Abkommen über den Rechtsverkehr vom 20.3.1928 verweist, das seit dem 1.1.1953 wieder in Kraft ist und u.a. die Zustellung, Beweisaufnahme, Sicherheitsleistung und das Armenrecht regelt; Habel in "Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern" Teil IV: England, 1980 Anm. 101 ff; EuGH vom 17.1.1980 WM 1980, 720 (722); Nagel aaO. S. 320 ff, S. 156.
- 2) Triebel aaO. Rn. 103; Nagel aaO. S. 156; auch Arrest- und einstweilige Verfügungsverfahren fallen nicht darunter Triebel aaO. noch 103; Böttger in "Das Zwangsvollstreckungsrecht im Ausland" 1975 Hrsg. Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V. S. 8 ff.
- 3) In Kraft seit dem 1.12.1930 RGBI II S. 1270 i.V. RGBI 1930 II S. 1065, u. Ausf.VO vom 28.8.1930 (RGBI 1930 II S. 1209); Nagel aaO. S. 360 ff, S. 169; Jonas "Das deutsch-schweizerische Vollstreckungsabkommen" vom 2.11.1929 JW 1930, 3284.
- 4) Arreste und einstweilige Verfügungen fallen nicht unter das Abkommen, Art. 1 des Abkommens.

Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. 4. 1889 (mit dem Ziel der "Betreibung auf Pfändung" oder "Betreibung auf Konkurs") - ohne besonderes Exequaturverfahren - vollstreckt werden kann¹⁾. Bei anderen Urteilen bestimmt sich die Vollstreckbarerklärung nach dem kantonalen Prozeßrecht²⁾.

2. vor Schiedsgerichten

a) Schiedsklausel und Schiedsvertrag

Mit Rücksicht auf die Besonderheiten in den Rechtsbeziehungen der an einer Patronatserklärung beteiligten Personen kann im Einzelfall die Anrufung eines Schiedsgerichts sinnvoller sein als die Klageerhebung vor einem staatlichen Gericht³⁾. Die damit verbundenen Vorteile liegen bekanntlich im wesentlichen in der Schnelligkeit und Diskretion des Verfahrens, in der Sachkunde des Schiedsgerichts, in der Verfahrensgestaltungsfreiheit, im Vollstreckungs- und Kostenvorteil und in der Vermeidung fremder, staatlicher Gerichtsbarkeit⁴⁾.

- 1) Betreibung auf Konkurs ist gegen im HR eingetragene Personen allein zulässig. Vortisch "Die Vollstreckung aus zu Geldzahlung verpflichtenden deutschen Rechtsakten in der Schweiz" AWD 1963, 75 u. 105; Internationale Wirtschaftsbriefe (IWB) Schweiz Gruppe 3 S. 1 u. 70 jeweils Fach 5; "Prozeßführung im Ausland und Mängelrüge im ausl. Recht" Schweiz S. 37; Meyer-Wild JW 1930, 3287; Reinecker in "Das Zwangsvollstreckungsrecht im Ausland" Hrsg. Dt. Sparkassen- u. Giroverband e.V. 1975 S. 61 (83/89).
- 2) Nagel aaO. S. 173; IWB aaO. siehe Fußnote 1).
- 3) Die Schiedsfähigkeit von insbesondere Handelssachen ist allgemein anerkannt, vgl. § 1025 Abs. 1 ZPO; Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 1 F 57 (Deutschland), F 67 (England), F 59 (Frankreich), F 73/74 (Schweiz); Rüede/Hadenfeldt "Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht" 1980 S. 4.
- 4) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 1; Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 20 ff.

Eine Bank sollte sich bei der Vereinbarung eines Schiedsgerichts nicht unbedingt davon leiten lassen, daß die Schiedsgerichtsbarkeit im Bankverkehr anscheinend nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken verweisen beispielsweise nur auf den ordentlichen Rechtsweg (Nr. 26 Abs. 2). Schiedsgerichtsvereinbarungen kommen jedoch durchaus vor z.B. in Kreditverträgen (speziell mit Ostblockstaaten) und in (Kredit-) Konsortialverträgen¹⁾.

Letzten Endes kommt es auf den Einzelfall und die jeweiligen Interessen der Beteiligten an.

Voraussetzung für die Durchführung eines schiedsgerichtlichen Verfahrens ist, daß die Bank und die Muttergesellschaft eine Schiedsgerichtsvereinbarung getroffen haben, entweder bei Abgabe der Patronatserklärung oder wenn sich ein Rechtsstreit abzeichnet.

Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts berührt verschiedene kollisionsrechtliche Fragen, und zwar "die Frage nach dem jeweils anwendbaren Verfahrensrecht, nach dem für die Wirksamkeit der Schiedsgerichtsvereinbarung maßgebenden Recht und nach dem in der

1) (Trost)Schütz "Bankgeschäftliches Formularbuch

S. 258 u. S. 261.

In Anleihebedingungen und dazugehörigen Konsortialverträgen ist diese Vereinbarung nicht üblich. In Anleihebedingungen findet sich - wenn überhaupt - eine Gerichtsstandsklausel, vgl. Schöke "Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken" S. 61 *.

Ferner gibt es außerhalb des eigentlichen Bankgeschäfts Schiedsklauseln, wenn z.B. Banklokale angemietet werden und Streitigkeiten über einen sog. Leistungsvorbehalt zur Anpassung der Miete nicht ausgeschlossen werden können. Kohler "Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft" 1967 S. 18.

Hauptsache anzuwendenden Recht¹⁾. Im internationalen Handelsverkehr vereinfacht sich die Beantwortung dieser Fragen durch multilaterale Abkommen. Die kollisionsrechtliche Frage, welches Recht für die Vereinbarung selbst maßgebend ist, müßte normalerweise danach beantwortet werden, ob die Schiedsgerichtsvereinbarung ein gesondert anzuknüpfender materiellrechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehungen ist (so in der Bundesrepublik, in England und Frankreich²⁾) oder ein prozeßrechtlicher Vertrag (z.B. in der Schweiz³⁾). Multilaterale Abkommen wie das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. 6. 1958 oder das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. 4. 1961 enthalten jedoch Bestimmungen darüber, welches Recht auf die Schiedsgerichtsvereinbarung anzuwenden ist.

- 1) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 204.
- 2) Nielsen aaO. 5/624;
Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 124;
Martiny in Reithmann aaO. Rn. 11;
BGH vom 30.1.1957 BGHZ 23,198 (200);
BGH vom 28.11.1963 BGHZ 40,320 (323);
von Hülse "Die Gültigkeit von Internationalen Schiedsvereinbarungen" 1973 S. 114.
- 3) Guhl aaO. S. 291;
Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 218;
Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 38: "Die Begründung hierfür ergibt sich im wesentlichen aus der Überlegung, daß sie (die Schiedsabrede) ihrem Inhalt nach nicht ein Streitverhältnis selbst regelt, sondern den Rechtsschutzanspruch. Die Schiedsabrede erhält ihr charakteristisches Gepräge durch ihr Ziel, den Schiedsspruch, der kein materieller Gestaltungsakt ist, sondern ein Akt der Rechtsprechung, dem Rechtskraft und Vollstreckbarkeit zuerkannt sind Folglich findet auf die Schiedsabrede in erster Linie (kantonales) Prozeßrecht Anwendung."

Nach Art. 2 i.V. mit Art. 5 Abs. 1 a) und d) des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. 6. 1958¹⁾ und Art. 1 i.V. mit Art. 6 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. 4. 1961²⁾ bestimmen die Parteien das auf die Vereinbarung anzuwendende materielle Recht und das Verfahrensrecht ausdrücklich oder stillschweigend. Anderenfalls bestimmt sich das auf die Vereinbarung anwendbare materielle Recht hilfsweise nach dem des Verfahrensortes³⁾. Ein "Gleichlauf" zum materiellen Recht des Hauptvertrages ist auch hier wünschenswert⁴⁾.

Voraussetzung ist, daß die vorgenannten Regelungen auf die Vertragsparteien Anwendung finden. Die Bundesrepublik⁵⁾ und Frankreich⁶⁾ sind beiden Abkommen (dem UNO und EÜ) sowie früheren dadurch verdrängten Abkommen (dem Genfer Protokoll vom 24. 9. 1923 über die Schiedsklausel⁷⁾ und dem

- 1) BGBl 1961 II S. 121;
Schlosser "Probleme der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit" I Die Aktiengesellschaft 1979,237 und II Die Aktiengesellschaft 1979,278;
Nagel aaO. S. 249;
Sandrock aaO. Bd. 2 Anhang C I 3.
- 2) BGBl 1964 II S. 425;
Nagel aaO. S. 253;
Sandrock aaO. Bd. 2 Anhang C I 3.
- 3) Siehe Fußnote 1) und 2).
- 4) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 215.
- 5) Vgl. Länderliste zu den internationalen Abkommen Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1070.
- 6) dto. S. 1071.
- 7) Nagel aaO. S. 244;
Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1049 RGBI 1925 II S. 47.

Genfer Abkommen vom 26. 9. 1927 zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche¹⁾) beigetreten, und zwar dem UNÜ unter dem sogenannten Territorialitätsvorbehalt des Art. 1 Abs. 3 Satz 1 UNÜ (wonach der Verfahrensort nicht außerhalb der Mitgliedsstaaten liegen darf²⁾) und Frankreich zugleich unter dem sogenannten Handelssachenvorbehalt (beschränkt auf Handelssachen gemäß französischem Recht³⁾). Die Schweiz und England haben die genannten Abkommen mit Ausnahme des Europäischen Übereinkommens vom 21. 4. 1961 ratifiziert, und zwar das UNÜ mit dem Territorialitätsvorbehalt⁴⁾.

Das UN-Übereinkommen und das Europäische Übereinkommen stehen in der Weise nebeneinander (Art. 10 Abs. 7 EÜ)⁵⁾, daß grundsätzlich im Einzelfall das günstigere Abkommen gilt und das später in Kraft getretene Recht Vorrang hat. Im Verhältnis zur Schweiz geht das UNÜ dem deutsch-schweizerischen Abkommen vom 2. 11. 1929 vor⁶⁾.

Grundsätzlich empfiehlt sich schon aus Beweisgründen eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien. Nach Art. 2 Abs. 2 UNÜ ist überdies Schriftform vorgesehen. Unabhängig davon reicht aber auch die nach

- 1) Nagel aaO. S. 246;
Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1051 RGBI II S. 1068.
- 2) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 16 und 17.
- 3) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 19.
- 4) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1072.
- 5) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 33.
- 6) RGBI 1930 II S. 1066;
Nagel aaO. S. 360 insbesondere Art. 9;
Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 528.

der jeweils nationalen Rechtsordnung am Sitz einer Vertragspartei gültige, eventuelle formfreie Vereinbarung, soweit es sich um die Rechtsordnung eines Mitgliedsstaates des EÜ handelt (Art. 1 Abs. 2 a am Ende)¹⁾. Somit ist bei einem deutschen Partner (und beidseitigem Handelsgeschäft) nach § 1027 Abs. 2 ZPO die mündliche Abrede bzw. Bezugnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen oder die stillschweigende Annahme eines Bestätigungsschreibens ausreichend, nicht dagegen in Frankreich, auch nicht im kaufmännischen Rechtsverkehr trotz der Vorschrift des § 109 Code de commerce, da seit dem Decret vom 14. 5. 1980 die Schriftform gilt (Art. 3)²⁾. Ferner ist in England³⁾ und in der Schweiz⁴⁾ Schriftform erforderlich.

- 1) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 93 ff.
- 2) Mezger aaO. AWD/RIW 1980,677 (680) abweichend von Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 101; vgl. ausführlicher S. 214 Fußnote 1);
- 3) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 108 gemäß § 32 des englischen Arbitration Act 1950; vgl. ferner den Arbitration Act 1979 vom 1. 8. 1979, der für die Zusatzvereinbarung zum Ausschluß gerichtlicher Kontrolle die schriftliche Vereinbarung ("in writing") vorsieht, so Triebel/Lange "Reform des englischen Schiedsgerichtsrechts" RIW/AWD 1980,616 (623)
- 4) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 111, und zwar gemäß Art. 6 Abs. 1 des Konkordats vom 27.3.1969 (genehmigt durch den Bundesrat am 27.8.1969 und am 28.11.1969 in der Amtlichen Sammlung der Eidg. Gesetze veröffentlicht) sowie z.B. im Kanton Zürich gemäß § 238 Abs. 1 S. 2 der Zürcher ZPO; Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 52, die wie Kornmeier/Sandrock (wie vor) auf die Regelung des Art. 13 OR verweisen, wonach auch unterzeichneter Briefwechsel und sogar Telegrammwechsel ausreichen, nicht dagegen Telexverkehr. Ferner soll Schriftform entbehrlich sein, wenn im internationalen Verkehr am Ort des Vertragsschlusses oder an dem Ort, wo der Schiedsvertrag wirken soll, was insbesondere bei der Vereinbarung eines ständigen Schiedsgerichts in Betracht kommt, Schriftform nicht vorgeschrieben ist, etwa unter Kaufleuten in der Bundesrepublik gemäß § 1027 Abs. 2 ZPO, § 343 HGB.

Wichtig ist überdies, daß das betroffene Rechtsverhältnis genau gekennzeichnet wird (Art. 2 Abs. 1 UNÜ)¹⁾.

Sodann steht es den Parteien frei, ein institutionelles oder ad hoc Schiedsgericht zu wählen. Sie sollten von dieser Vertragsfreiheit Gebrauch machen, um soweit wie möglich auf das Verfahren Einfluß zu nehmen²⁾.

Mit Rücksicht auf die hier getroffene Länderauswahl bietet sich insbesondere die Wahl der institutionellen Schiedsgerichte der Internationalen Handelskammer Paris (IHK), des London Court of Arbitration (LCA) und der Zürcher Handelskammer an.

Die Wahl sollte mit folgenden Klauseln getroffen werden:

Für die Schiedsgerichtsbarkeit der IHK

"Alle aus dem Vertrag (nähere Bezeichnung) sich ergebenden Streitigkeiten werden nach der Vergleichs- und Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer von einem oder mehreren gemäß dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden."³⁾

- 1) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 119, während das EÜ insofern großzügig ist und auch Schiedsklauseln in Rahmenvereinbarungen für eine Vielzahl von Einzelverträgen zuläßt, vgl. Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 120.
- 2) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 128; Glattfelder "Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Zürcher Handelskammer" 1979 S. 5; Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 97.
- 3) ICC-Publikation 291 vom April 1975 und Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1135.

Für die Schiedsgerichtsbarkeit des LCA,
sofern sie nicht Teil des Gesamtvertrages sind:

- a) "A dispute having arisen between the parties concerning the parties hereby agree that the law of England^{x)} shall apply to such dispute and that it shall be determined by arbitration under the Rules of the London Court of Arbitration at the date hereof, which Rules with respect to matters not regulated by them, incorporate the UNCITRAL Arbitration Rules.

The parties agree that service of any notices in reference to such arbitration at their addresses as given in this arbitration agreement (or as subsequently varied in writing by them) shall be valid and sufficient."¹⁾

- x) Alter, if the parties agree that the law of another shall apply. (Reference to the law to apply is unnecessary if provided for in the contract or agreement.)

oder

- b) "All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled by arbitration. The arbitration shall be held at London and conducted in accordance with the Rules of the London Court of Arbitration. The parties agree to exclude any right of application or appeal to the English courts or any other court in connection with any question of law arising in the course of the reference or out of the award!"
2)

1) Schedule I der Schiedsordnung in der Fassung vom 1.9.1978 Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1115.

2) Triebel/Lange aaO. RIW/AWD 1980,623 Fn. 84.

Für die Schiedsgerichtsbarkeit eines Schiedsgerichts der Zürcher Handelskammer:

- a) "Alle Streitigkeiten aus dem Vertrag (nähere Bezeichnung) oder Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem vorgenannten Vertrag insbesondere über Bestand, Auslegung oder Beendigung des Vertrages, werden unter Ausschluß des Rechtsweges endgültig und bindend durch das Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer gemäß den Vorschriften ihrer Schlichtungs- und Schiedsordnung entschieden (das Schiedsgericht besteht aus einem Schiedsrichter)¹⁾."

oder

- b) "Alle aus dem vorliegenden Vertrag sich ergebenden Differenzen sind dem Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer mit Sitz in Zürich zur endgültigen Entscheidung gemäß den Vorschriften ihrer Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung zu unterbreiten."

Oder (falls ein Dreier-Schiedsverfahren mit Bestellung je eines eigenen Schiedsrichters gewünscht wird)

"Alle aus dem vorliegenden Vertrag sich ergebenden Differenzen sind einem Dreier-Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer mit Sitz in Zürich zur endgültigen Entscheidung gemäß den Vorschriften ihrer Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung zu unterbreiten, wobei die Parteien je einen Schiedsrichter selbst bestimmen."²⁾

1) Loebell "Die Schiedsgerichtsbarkeit der Zürcher Handelskammer" AWD 1973, 256 (258);

2) gemäß Empfehlung der Zürcher Handelskammer vgl. Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 501; Daß auch das Schlichtungsverfahren mit allfälligem Schiedsverfahren vereinbart werden kann, sei ergänzend erwähnt, vgl. S. 220 Fußnote 1);

b) Die neue Entwicklung im französischen Recht

In bezug auf das französische Recht galt bis vor kurzem die Besonderheit, daß lediglich für Handels-sachen (durch ein Gesetz vom 31. 12. 1925 eingefügt) gemäß Art. 631 Abs. 2 des Code de commerce vorab Schiedsklauseln für künftige Streitigkeiten (clauses compromissoires) gültig vereinbart werden konnten, die noch durch den sogenannten compromis bei ent-standener Streitigkeit ergänzt werden mussten¹⁾.

Ausnahmen wurden von der Rechtsprechung zugelassen, wenn bei internationalen Beziehungen ausländisches Recht vereinbart wurde bzw. es um eine Schiedsklausel in internationalen Verträgen ging, auch wenn für diese französisches Recht maßgebend sein sollte (strittig)²⁾.

Durch die Reform des französischen Rechts der Schieds-gerichtsbarkeit gemäß Dekret No 80-354 vom 14. 5. 1980, das am 1. 10. 1980 in Kraft getreten ist³⁾, werden nun Schiedsklauseln im obigen Sinne und der compromis gleichwertig als Schiedsvertrag anerkannt (unter

1) Mezger "Kernpunkte der französischen Reform des Schiedsgerichtswesens" RIW/AWD 1980,677 (679).

2) Mezger aaO. RIW/AWD 1980,677.

3) Mezger aaO. RIW/AWD 1980,677.

Wahrung der Schriftform)¹⁾.

Im übrigen sind durch Dekret Nr. 81-500 vom 12. 5. 1981 dem (neuen) Zivilprozeßrecht (NCPC)²⁾ das Dekret vom 14. 5. 1980 als 4. Buch Titel I - IV (Art. 1442 - 1491 NCPC = Art. 2 -51 des Dekrets von 1980) und als Titel V "Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit" und als Titel VI "die Anerkennung, Vollstreckung und Rechtsmittel in bezug auf im Ausland ergangene Schiedssprüche oder in Sachen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ergangene Schiedssprüche" angegliedert worden³⁾. Damit werden insbesondere die kollisionsrechtliche Parteiautonomie für das anzuwendende Prozeßrecht und die formelle Gleichbehandlung in- und ausländischer Schiedssprüche festgeschrieben und gelten neuerdings die "Weiterung der Parteiautonomie" auch bei Anwendung französischen Rechts (Abdingbarkeit der Titel I - III) sowie eine Reduzierung der Rechts-

1) Mezger aaO. RIW/AWD 1980,677 (679); Schriftform ist seit dem Dekret Nr. 81-500 vom 12.5.1981 entgegen Art. 1443 NCPC (Nouveau Code de procédure civile) bei "internationalen Sachen" (wenn die Interessen des internationalen Handels berührt werden - Art. 1492 NCPC) zwar nach dem dadurch verwirklichten "Prinzip der Liberalisierung" (= Weiterung der Parteiautonomie im Rahmen des von den Parteien etwa für anwendbar erklärten französischen Rechts) nicht mehr vorgeschrieben. Da jedoch zur Vollstreckbarkeitserklärung gemäß Art. 1500 i.V. mit Art. 1477 Abs. 2 NCPC die Vorlage des Schiedsvertrages zur Exequaturerteilung nötig ist und Art. 1500 NCPC wohl nicht abdingbar ist, bleibt es bei der Schriftform.
E. Mezger "Kernpunkte der Reform des Rechts der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Frankreich" RIW/AWD 1981,511 (513).

2) siehe Fußnote 1).

3) Mezger aaO. RIW/AWD 1981,511.

mittel für Angelegenheiten des VI. Titels¹⁾.

Für Streitigkeiten aus einer Patronatserklärung im Wege des schiedsgerichtlichen Verfahrens ergeben sich demgemäß heute nach französischem Recht keine besonderen Hindernisse.

c) Wesentliche Verfahrensfragen nach der
Verfahrensordnung der IHK²⁾

Nach der Verfahrensordnung der IHK wird, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren oder die Bedeutung der Sache dies nicht rechtfertigt, in der Regel ein vom Schiedsgerichtshof ernannter Einzelschiedsrichter tätig. Anderenfalls können die Parteien je einen Schiedsrichter benennen, die den Dritten, vorsitzenden Richter wählen, sofern dieser nicht mangels einer Wahl vom Schiedsgerichtshof ernannt wird. Der Schiedsgerichtshof bestätigt die ernannten Schiedsrichter³⁾.

Sofern die Parteien das subsidiär zur Verfahrensordnung geltende Recht nicht bestimmen, können die Schiedsrichter das fehlende Verfahrensrecht wählen, also

1) Vgl. S. 214 Fußnote 3).

Für Schiedssprüche in Sachen des internationalen Handels und im Ausland ergangene Sprüche ist die Berufung zum Cour d'Appel (die nach Art. 1010 Code de procédure civil bzw. in Schiedsklauseln ausgeschlossen werden kann) abgeschafft worden. E. Mezger aaO. RIW/AWD 1981,511 (515) und RIW/AWD 1980,677 (681).

2) vom 1.6.1975, womit die Revision von 1955 ersetzt wird.

3) Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofs der ICC (Broschüre der IHK) S. 10 ff;
Endlich "Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen und die Schiedsordnungen auf nationaler und internationaler Ebene " I DB 1979,2411 und II DB 1979, 2469 (2470);
Böckstiegel "Die neue Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer" NJW 1977,463 (464);
Stoltenberg "Die neue Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer in Paris" NJW 1975,2130;
Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1073.

auch das am Sitz geltende Verfahrensrecht (z.B. französisches); sie sind nach Art. 11 grundsätzlich in der Entscheidung frei¹⁾. Eine Billigkeitsentscheidung in der Sache ist möglich, wenn beide Parteien hierzu ermächtigen, unabhängig vom anwendbaren materiellen Recht (Art. 13 Nr. 4)²⁾.

Eine Besonderheit in der Vorbereitung des Verfahrens, die hervorgehoben werden sollte, besteht darin, daß in einem ersten Verfahrensabschnitt die Aufgabe der Schiedsrichter in einer Acte de Mission festzuschreiben ist (Art. 13), um auf diese Weise den Verfahrens- und Prozeßstoff gestrafft darzustellen³⁾. Ein solches Verfahren verspricht demgemäß einen konzentrierten Ablauf, was Streitfragen aus einer Patronatserklärung gerecht werden dürfte⁴⁾.

- 1) Böckstiegel aaO. NJW 1977, 468;
Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 151.
- 2) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 151.
- 3) Böckstiegel aaO. NJW 1977, 463 (467).
- 4) Gegen ein solches Verfahren spricht nicht, daß Banken nach der bisherigen Erfahrung verhältnismäßig selten an Schiedsverfahren "in Paris" beteiligt waren. Eine Statistik über die dort anhängigen Verfahren ist z.Zt. nicht erhältlich. Nach Auskunft des Vertriebsdienstes der Internationalen Handelskammer in Köln sollen jedoch demnächst Auszüge aus Schiedssprüchen veröffentlicht werden, aus denen sich ggfs. eine branchenspezifische Übersicht ermitteln läßt. Dr. Frédérec Eisemann ist mit dieser Zusammenstellung beauftragt. - Der Praxis sind jedenfalls Schiedsgerichtsvereinbarungen bezogen auf die IHK - insbesondere in Kreditverträgen mit Ländern des Ostblocks - bekannt.

d) Wesentliche Verfahrensfragen nach der
Schiedsordnung der LCA¹⁾

Der LCA, der von der Londoner Handelskammer, der Corporation of the City of London und dem Institut of Arbitrators getragen wird, wird gemäß der obigen Vereinbarung der Parteien tätig nach seiner Verfahrensordnung, für die die sogenannten UNCITRAL Rules²⁾ ggfs. subsidiär gelten (Rule 2/8), und zwar im wesentlichen unter Berücksichtigung des Arbitration Act 1950³⁾, ergänzt durch den Administration of Justice Act 1970⁴⁾, den Arbitration Act 1975⁵⁾ und das neue Schiedsgerichtsgesetz von 1979, den Arbitration Act 1979⁶⁾.

Die Parteien können sich auf einen oder drei Schiedsrichter einigen. Während früher der dritte Schiedsrichter als "Umpire" grundsätzlich allein entschied, wenn sich die beiden anderen nicht einig wurden⁷⁾, entscheidet nach dem Arbitration Act 1979 nunmehr

- 1) in der Fassung vom 1.9.1978
Kornmeier/Sandrock Bd. 2 F 133 und S. 1099.
- 2) in der Fassung vom 15.12.1976 s. Sandrock aaO.
Bd. 2 S. 1118 und F 143 ff und Glossner "Die UNCITRAL-Schiedsordnung in der Praxis" RIW/AWD 1978,141,
Glossner "Die UNCITRAL-Schiedsregeln zwischen Privatrecht und Völkerrecht" RIW/AWD 1981,300;
Endlich aaO. II DB 1979,2469.
- 3) Cohn "Zur englischen Schiedsklausel" AWD 1971,210
und Rule 14.
- 4) Cohn "Die Englische Schiedsgerichtsbarkeit" AWD 1974,65.
- 5) Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 189, womit u.a. das UNO
in England und Nordirland eingeführt wurde.
- 6) Triebel und Lange "Reform des englischen Schiedsgerichtsrechts" RIW/AWD 1980,616;
Wiegand "Eingeschränkte gerichtliche Kontrolle engl. Schiedssprüche nach dem Schiedsgerichtsgesetz 1979" RIW/AWD 1980,624;
Mann "Das neue englische Schiedsgesetz und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit" NJW 1979,1745.
- 7) Cohn aaO. AWD 1971,211.

ein Dreier-Schiedsgericht mit der Mehrheit von zwei Schiedsrichtern, sofern nichts anderes gesagt ist (Art. 6 Abs. 2)¹⁾.

Aus der Anwendung englischen Schiedsgerichtsrechts ergibt sich die Anwendbarkeit englischen Verfahrensrechts (i.V. der LCA-Schiedsordnung), sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren²⁾.

Eine Entscheidung nach Billigkeit kann anders als vor einem Schiedsgericht der IHK nicht vereinbart werden³⁾.

Besonderheiten ergeben sich nach dem Arbitration Act 1979 insofern, als die bisherige Nachprüfbarkeit von Schiedssprüchen auf tatsächliche und rechtliche Richtigkeit hin während und nach dem Erlass des Schiedsspruchs⁴⁾ ersetzt worden sind durch ein eingeschränktes Vorlegungs- und Revisionsverfahren bei dem staatlichen Gericht. Beide Möglichkeiten k ö n n e n in internationalen Streitigkeiten nunmehr ganz a u s g e - s c h l o s s e n werden (sog. contracting out)⁵⁾.

- 1) Art. 6 Abs. 2, Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 188; Triebel und Lange aaO. RIW/AWD 1980,616 (618 Fußn. 25).
- 2) Cohn aaO. AWD 1971,210; Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 159.
- 3) Cohn aaO. AWD 1971,211, wohl anders bei Geltung der UNCITRAL-Regeln gemäß Art. 33 Abs. 2, so Kornmeier/Sandrock aaO. Bd. 2 F 159 und S. 1129.
- 4) Das sog. special case Verfahren, das die Anrufung des staatlichen Gerichts auf Antrag einer Partei oder nach Entscheidung des Schiedsgerichts etc. zur Entscheidung über eine Auslegungsfrage vorsah, und die Überprüfung von Tatsachen oder Rechtsfehlern, errors on the face, und zwar auch in der Begründung, was dazu führte, daß Schiedssprüche möglichst nicht begründet wurden.
- 5) Triebel und Lange aaO. RIW/AWD 1980,616 (622); Mann aaO. NJW 1979,1745; Wiegand aaO. RIW/AWD 1980,624.

Die Parteien müssten die Schiedsvereinbarung dann schriftlich wie folgt ergänzen¹⁾:

"The parties agree to exclude any right of application or appeal to the English Courts or any other court in connection with any question of law arising in the course of the reference or out of the award."

Sind sich die Parteien über das vorgenannte Verfahren einig und wirken sie in jedem Abschnitt des Verfahrens mit, so lassen sich keine besonderen Nachteile in bezug auf dieses Verfahren erkennen²⁾. Kommt allerdings die Muttergesellschaft z.B. ihrer Pflicht zur Benennung eines Schiedsrichters nicht nach, so kann er nicht ersatzweise durch die Londoner Handelskammer oder das ordentliche Gericht bestellt werden³⁾. Die Bank könnte das Schiedsgerichtsverfahren sodann nicht erzwingen und müßte vor einem ordentlichen Gericht klagen⁴⁾.

- 1) Triebel und Lange aaO. RIW/AWD 1980, 616 (623 Fußn. 84); Eine Überprüfung wegen misconduct oder fraud bleibt den staatlichen Gerichten auf Veranlassung einer Partei weiterhin vorbehalten (dto. S. 622 l.Sp. u. S. 623).
- 2) wenn man nicht in der fehlenden Möglichkeit einer Entscheidung nach Billigkeit einen Nachteil sehen will.
- 3) Rule 18 der Schiedsordnung der LCA regelt nur die Bestellung eines Dritten oder weiteren Schiedsrichters, wenn die Parteien Schiedsrichter in gerader Zahl ernannt haben, vgl. Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1113.
- 4) Die Einrede der Schiedsgerichtsvereinbarung dürfte der Gegenpartei nicht zustehen, da sie das Schiedsgerichtsverfahren selbst vereitelt hat, Werner Lorenz "Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch" ACP 157 S. 265 (266) und Cohn aaO. AWD 1971, 210 (211).

e) Wesentliche Verfahrensfragen nach der Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung der Zürcher Handelskammer (SSO)¹⁾

Das Schlichtungs- und Schiedsverfahren der Zürcher Handelskammer steht auch Nichtmitgliedern zu, wenn auf ihren Antrag hin der Präsident der Handelskammer seine Bewilligung erteilt²⁾. Erfahrungsgemäß wird die Bewilligung gegeben.

Im Normalfall amtiert das institutionelle Schiedsgericht in Dreierbesetzung, wenn die Parteien nichts Abweichendes vereinbaren. Sein Obmann, ernannt von der Zürcher Handelskammer, ernennt seinerseits die beiden übrigen Schiedsrichter³⁾. Der Obmann kann auch als Einzelschiedsrichter auf Wunsch der Parteien amtieren.

Nach der neuen, seit dem 1. 1. 1977 (bedingt durch die zur gleichen Zeit in Kraft getretenen Zürcher Zivilprozeßordnung) geltenden Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung vom 3. 11. 1976 (SSO) können die Parteien je einen Schiedsrichter ernennen, nur der Obmann wird sodann vom Präsidenten der Zürcher Handelskammer bezeichnet⁴⁾.

- 1) vom 3.11.1976, in Kraft ab 1.1.1977, womit jene vom 10.9.1937 ersetzt wurde, § 42 der SSO, wonach unabhängig voneinander zwei Verfahren angeboten werden, das Schlichtungs- und das Schiedsverfahren (§ 3 SSO); auf ersteres soll hier nicht näher eingegangen werden; Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 501 ff.
- 2) Glattfelder aaO. S. 7; Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 498; wegen des Gesuchs vgl. auch Loebell aaO. AWD 1973, 256.
- 3) § 20 S. 1 der SSO; anders auch bei den ad hoc Schiedsgerichten, deren Schiedsrichter die Parteien bestimmen und die wiederum den Obmann wählen. - Glattfelder aaO. S. 5.
- 4) § 20 S. 2 SSO; Glattfelder aaO. S. 12.

Die SSO ersetzt die für die Konkordatskantone (Kanton Zürich gehört nicht dazu¹⁾) nach dem schweizerischen Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. 8. 1969 geltende Verfahrensordnung²⁾. Die Verfahrensordnung ist wiederum in den allgemeinen Rahmen des maßgeblichen Schiedsgerichtsrechts gemäß dem IV. Teil der Zürcher ZPO (§§ 238 - 258) gestellt, soweit diese zwingendes Recht darstellt und abweichende Vereinbarungen zum dispositiven Recht nicht vereinbart oder in der Schiedsgerichtsordnung bzw. vom Schiedsgericht festgesetzt worden sind³⁾. Insoweit ist die abweichende Vereinbarung eines fremden Verfahrensrechts nicht zulässig (und zwar nicht einmal dann, wenn z.B. das Schiedsgericht der IHK im Kanton Zürich seinen Sitz hätte⁴⁾).

Unabhängig von dem anwendbaren materiellen Recht ist es möglich, daß die Parteien das Schiedsgericht für eine Entscheidung nach Billigkeit ermächtigen⁵⁾.

Die Entscheidung eines Schiedsgerichts der Zürcher Handelskammer ist nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde

- 1) Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 7 mit Übersicht der dem Konkordat beigetretenen Kantonen Stand Dez. 1979.
- 2) Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 6 und Wortlaut des Konkordats S. 373 ff; Endlich II aaO. DB 1973, 2471.
- 3) Glattfelder aaO. S. 15.
- 4) Glattfelder aaO. S. 15; Schiedsgerichte mit Sitz in den Konkordatskantonen unterstehen dagegen dem Konkordat.
- 5) § 18 SSO, Glattfelder aaO. S. 14.

oder der Revision nach § 255 ZPO (Zürich) angreifbar¹⁾.

Für Streitigkeiten aus einer Patronatserklärung bietet auch dieses Verfahren in Zürich einen klaren und überschaubaren Ablauf. Die vorgenannten Rechtsmittel sind kein Grund, Zürich etwa nicht als Schiedsgerichtsort zu wählen. Nach der in der Literatur erörterten Statistik verschiedener Kantone über Verfahren aus den 70er Jahren ist die Zahl z.B. der Nichtigkeitsbeschwerden in internationalen Verfahren relativ gering²⁾. Konkrete Zahlen lassen sich für die Folgejahre z.Zt. nicht ermitteln. Auf Anfrage teilte die Zürcher Handelskammer unter dem 27.10.1981 mit, daß über die genannten Rechtsmittelfverfahren gegenwärtig eine wissenschaftliche Untersuchung durchgeführt werde, die aber noch nicht abgeschlossen sei. Nach bisheriger Erfahrung soll nur in wenigen Fällen von den Rechtsmitteln Gebrauch gemacht worden sein³⁾.

- 1) Die Nichtigkeitsbeschwerde kann sich nach § 281 ZPO (Zürich) stützen auf: Die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme oder die Verletzung klaren materiellen Rechts. Die Revision kann beispielsweise verlangen, wer nach Fällung des rechtskräftigen Entscheids Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, welche den Entscheid für ihn günstiger gestaltet hätten und die er auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht rechtzeitig hätte beibringen können (§ 293 ZPO) (Zürich), vgl. Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 341, 362, 485, 486; Loebell aaO. AWD 1973, 256 (257).
- 2) Schlosser aaO. Die Aktiengesellschaft 1979, 237 (242).
- 3) Zürcher Handelskammer vom 27.10.1981.

Zur Beteiligung von Banken an Schiedsverfahren nach der Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung der Zürcher Handelskammer äußerte sich die Handelskammer wie folgt:

"In der Tat pflegen neben Produktions- und Handelsunternehmen auch immer wieder Banken das Schiedsgericht unserer Kammer als entscheidende Instanz einzusetzen. Indessen sind Prozesse mit Banken außerordentlich selten, da die Schweizer und zum großen Teil wohl auch ausländische Geldinstitute Prozesse wo immer möglich vermeiden. Selbst am staatlichen Handelsgericht sind, wie wir erfahren haben, Verfahren in Banksachen, die zu einer materiellen Entscheidung führen, nicht häufig
..... " 1)

- 1) Diese Auskunft deckt sich in wesentlichen Teilen mit einer der Verfasserin mündlich erteilten Auskunft einer Zürcher Privatbank. Grundsätzlich steht man dort einem Schiedsverfahren zwar nicht ablehnend gegenüber, sieht aber grundsätzlich auch keinen Anlaß, das Schiedsverfahren der Zürcher Handelskammer in Anspruch zu nehmen. Im Einzelfall besteht eher die Neigung, ein Ad-hoc-Schiedsgericht tätig werden zu lassen, für das die Zürcher ZPO subsidiär vereinbart wird, soweit die Parteien die Einzelheiten nicht geregelt haben. In der Nichtigkeitsbeschwerde wird weder für das Schiedsverfahren noch für das ordentliche Gerichtsverfahren ein Nachteil gesehen, da damit nur gravierende Verfahrens- bzw. Rechtsverletzungen angegriffen werden können.

Zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz allgemein sei ergänzend erwähnt, daß die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den Art. 171 ff des Entwurfs eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (Schweiz) geregelt wird.

f) Zum einstweiligen Rechtsschutz

Besteht ein Bedürfnis für einstweiligen Rechtsschutz¹⁾, ist daran zu denken, das Schiedsgericht ggfs. ausdrücklich dazu zu ermächtigen. Nach deutschem Verfahrensrecht ist dies grundsätzlich nicht möglich, wird aber in der Literatur vereinzelt befürwortet unter Beibehaltung der subsidiären Eilzuständigkeit staatlicher Gerichte²⁾. Dies entspricht dem Gedanken von Art. VI Abs. 4 des EO und Art. 26 Abs. 3 der UNCITRAL Schiedsordnung vom 15. 12. 1976³⁾.

Nach französischem Recht wird die Eilzuständigkeit grundsätzlich bejaht (unter Berücksichtigung der subsidiären Zuständigkeit der staatlichen Gerichte in bestimmten Fällen⁴⁾).

Für das englische Recht sieht der Arbitration Act 1950 in Section 12 Abs. 6 vor, daß Schiedsgerichte kraft Parteivereinbarung in den dort genannten Fällen einstweilige Maßnahmen treffen können, die sonst in

- 1) Ein solches Bedürfnis ist beispielsweise für den dinglichen Arrest i.S. § 916 ZPO durchaus denkbar, wenn die Vollstreckung aus einer Patronatserklärung in inländische Vermögenswerte der ausländischen Muttergesellschaft angestrebt wird. Gemäß § 917 Abs. 2 ZPO wäre als "zureichender Arrestgrund anzusehen, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte". Auf das Vorhandensein inländischer Vermögenswerte käme es dabei nicht notwendig an, vgl. OLG Celle vom 8.5.1969 NJW 1969, 1541 (1542); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann aaO. § 917 ZPO Anm. 2; Wieczorek aaO. § 917 ZPO Rn. B II a.
- 2) Herdegen "Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte in rechtsvergleichender Betrachtung" RIW/AWD 1981, 304 mit Nachw.; vgl. auch Art. 26 Abs. 1 u. 2 der UNCITRAL-Schiedsordnung vom 15.12.1976 Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1127.
- 3) Herdegen aaO. RIW/AWD 1981, 304 (305); Nagel aaO. S. 259 und Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1127.
- 4) Herdegen aaO. RIW/AWD 1981, 304 (305).

die Kompetenz des High Court of Justice fallen (neben der konkurrierenden Zuständigkeit des High Court)¹⁾.

Für das Verfahren eines Schiedsgerichts nach der SSO der Zürcher Handelskammer gilt die schiedsgerichtliche Eilzuständigkeit gemäß § 41 Abs. 1 der SSO i.V. mit §§ 248 Abs. 2 und 110 der Zürcher ZPO vom 13. 6. 1976²⁾.

g) Anerkennung und Vollstreckung im Ausland

Für die Anerkennung und Vollstreckung sind die zwischen Frankreich und der Bundesrepublik geltenden Abkommen wie das genannte Europäische Übereinkommen vom 21. 4. 1961 über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit und das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. 6. 1958 maßgebend. Deutsche Schiedssprüche werden nach dem vorgenannten Europäischen Übereinkommen in Frankreich anerkannt und vollstreckt³⁾.

- 1) Herdegen aaO. RIW/AWD 1981,304 (305) sowie "interim awards etc." Rule 10 no 12 und 14 der Schiedsordnung des LCA Sandrock aaO. Bd. 2 S. 1108.
- 2) Herdegen aaO. RIW/AWD 1981,304 (305); Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 508 und S. 246; (anders Art. 26 des Konkordats, der sie den staatlichen Gerichten vorbehält, wenn sich die Parteien nicht freiwillig den vorsorglichen Maßnahmen unterziehen - Rüede/Hadenfeldt aaO. S. 376).
- 3) Wittenstein aaO. 1120 (Frankreich) Anm. 9 b und d.

In England sind ausländische Schiedssprüche vollstreckbar. Zwischen Großbritannien und der Bundesrepublik gilt das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. 6. 1958. Danach werden auch deutsche Schiedssprüche grundsätzlich anerkannt und vollstreckt¹⁾.

Da die Schweiz gleichfalls Vertragsstaat des vorgenannten UN-Übereinkommens ist, werden ausländische, insbesondere deutsche Schiedssprüche anerkannt und vollstreckt²⁾.

Eine entsprechende Wechselwirkung besteht zwischen den genannten Staaten im Hinblick auf das UN-Übereinkommen.

1) Wittenstein aaO. 1160 (England) Anm. 9 b und d.

2) Wittenstein aaO. 1400 (Schweiz) Anm. 9 b und d.

Teil 5: Ergebnis

Wie sich aus dem in der Einführung geschilderten Fall ergibt¹⁾, ist die Patronatserklärung im internationalen Wirtschaftsverkehr durchaus gebräuchlich. Die in Deutschland üblichen "weichen" und "harten" Patronatserklärungen sind mit ähnlichem Inhalt auch in England, Frankreich und der Schweiz bekannt. Sie werden als atypische oder unechte Kreditsicherheiten aufgefaßt, sofern sie überhaupt verbindlich sind, und in erster Linie an den Personalsicherheiten wie der Bürgschaft und Garantie gemessen²⁾. Ob Patronatserklärungen verbindlich sind, wird insbesondere in Frankreich in Frage gestellt, da sie äußerlich einseitige Erklärungen darstellen und das französische Recht "engagements unilateraux" generell nicht kennt³⁾. Da jedoch auch in Frankreich nicht ausgeschlossen wird, daß eine "harte"⁴⁾ Patronatserklärung Zahlungspflichten der Muttergesellschaft auslösen kann, ist für eine solche Patronatserklärung, jedenfalls wenn sie keine "Direktinvestition" darstellt, die devisenrechtliche Genehmigung vorgeschrieben⁵⁾. Ferner kann die Verbindlichkeit einer "harten" Patronatserklärung mit Ausstattungsverpflichtung (im Sinne einer Liquiditätsgarantie bezogen auf Verbindlichkeiten schlechthin und gegebenenfalls bezogen auf einen bestimmten Kredit) wenn auch nicht nach herrschender Meinung in der schweizerischen Literatur wegen ihres bürgschaftsähnlichen

1) S. 1.

2) S. 14 ff, S. 92 ff, S. 108 ff, S. 123.

3) S. 116.

4) die sich beispielsweise nicht nur auf die Beibehaltung der Beteiligung durch die Muttergesellschaft bezieht.

5) S. 121.

Charakters an dem für Bürgschaften geltenden Form-
erfordernis der Höchstbetragsbegrenzung gemäß Art. 493 OR
scheitern¹⁾.

Im übrigen hat auch in England und in der Schweiz nach
überwiegender Meinung diejenige Patronatserklärung mehr
als nur moralischen Wert, mit der sich die Mutter-
gesellschaft verpflichtet, dafür zu sorgen, daß ihre
Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredits
in der Weise geleitet und finanziell ausgestattet wird,
daß sie ihren Verbindlichkeiten gegenüber der Bank stets
fristgemäß nachkommen kann²⁾. In englischer Sprache
muß eine solche Verpflichtung möglichst lauten³⁾:

We ensure that our subsidiary meets its financial
obligations.

oder

We shall provide our subsidiary with the financial
means to meet its obligations.

Der Sicherheitenwert einer solchermaßen "harten"
Patronatserklärung wird ähnlich wie in Deutschland nach
den vorgenannten ausländischen Rechtsordnungen nur mit
Vorbehalt anerkannt. Anders als bei Personalsicherheiten
kann die Bank nicht unmittelbar Zahlung an sich verlangen.
Die von der Muttergesellschaft zugesagte Ausstattungs-
leistung ist nicht näher bestimmt. Die Bestimmung der

1) S. 93.

2) S. 97, S. 109/110.

3) S. 106.

Leistung ist Sache der Muttergesellschaft. Nach deutschem Recht erfolgt die Bestimmung nach ihrem freien Ermessen¹⁾. Es könnte insoweit auf Bestimmung der Leistung durch die Muttergesellschaft und sodann auf Leistung der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft geklagt werden²⁾. Kommt die Muttergesellschaft ihrer Ausstattungsverpflichtung nicht rechtzeitig nach und gerät die Tochtergesellschaft in Zahlungsschwierigkeiten, die zur Eröffnung eines Vergleichs- oder Konkursverfahrens führen, so macht sich die Muttergesellschaft dadurch der Bank gegenüber schadensersatzpflichtig. Nach deutschem Recht hat die Muttergesellschaft sodann Schadensersatz wegen Nichterfüllung wegen nachträglicher von ihr zu tretender Unmöglichkeit zu leisten (§§ 275 Abs. 2, 276, 280 Abs. 1, 282 BGB)³⁾.

Außerdem darf die Bank bei Nichterfüllung der primär geschuldeten Ausstattungsverpflichtung im Zeitpunkt der Eröffnung des Vergleichs- oder Konkursverfahrens über das Vermögen der Tochtergesellschaft⁴⁾ jedenfalls nach deutschem Recht entgegen der herrschenden Meinung ersatzweise von der Muttergesellschaft die Stellung einer Sicherheit gemäß § 232 BGB verlangen, denn nach vernünftiger Vertragsauslegung beabsichtigt die Muttergesellschaft letztlich die Sicherstellung der Bank und nicht nur den Ersatz eines Schadens, wenn die gesellschaftsrechtliche Beziehung zwischen der

1) S. 32.

2) S. 33.

3) S. 42.

4) bzw. bei sich abzeichnenden Zahlungsschwierigkeiten der Tochtergesellschaft.

Mutter- und Tochtergesellschaft dem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis zwischen Beteiligten von Unternehmensverträgen bzw. Organschaftsverträgen gleichkommt¹⁾.

Die Verletzung von Ausstattungsverpflichtungen seitens der Muttergesellschaft führt nach dem hier behandelten ausländischen Recht ebenfalls zum Schadensersatz auf der Grundlage schuldhaft verzögerter Leistung bzw. nachträglicher Unmöglichkeit der zugesagten Ausstattungsleistung²⁾.

Entscheidungen zur Patronatserklärung gibt es, soweit ersichtlich, weder in England noch in der Schweiz, in Frankreich gibt es lediglich eine erste Entscheidung des Tribunal de Commerce, Paris (S.1). Insoweit liegen noch keine gesicherten Erkenntnisse vor.

Patronatserklärungen nach schweizerischem, englischem oder französischem Recht sollten daher mit noch größerer Vorsicht betrachtet werden, als dies normalerweise nach deutschem Recht geschieht. Es ist für eine deutsche Bank insofern von Wichtigkeit, daß die Patronatserklärung nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstatut beurteilt wird und daß die Bank deshalb dafür Sorge zu tragen versucht, daß ein eventuell mit der Patronatserklärung befasstes Gericht deutsches Recht auf dieselbe anwendet. Erfahrungsgemäß gelingt es in der Regel jedoch nicht, eine ausdrückliche Rechtswahl auf das deutsche Recht in die Patronatserklärung aufzunehmen, sei es, daß die Beteiligten diesem Detail keine Aufmerksamkeit schenken, sei es, daß aus bankrechtlicher Sicht ein solches Verlangen nicht durchsetzbar oder nicht opportun erscheint. Grundsätzlich soll die

1) S. 51.

2) S. 97/98, S. 109/110, S. 122/123.

3) S. 131.

Geschäftsbeziehung zur regelmäßig renommierten Muttergesellschaft in keiner Weise gestört werden und kein Zweifel aufkommen, daß Rechtsfragen zwischen den Beteiligten aus der Patronatserklärung einmal eine Rolle spielen können. Es mag auch sein, daß die Muttergesellschaft bewußt keine Rechtswahl in ihrer Patronatserklärung erwähnt, um die Geltung ihres Heimatrechts zumindest nicht von vornherein auszuschließen¹⁾. Es kommt daher in der Praxis ganz entscheidend darauf an, wie eine Patronatserklärung mangels ausdrücklicher Rechtswahl in der Erklärung oder mangels stillschweigendem Parteiwillen bei Auslandsberührung kollisionsrechtlich anzuknüpfen ist. Nimmt also eine deutsche Bank eine Patronatserklärung einer schweizerischen, englischen oder französischen Muttergesellschaft entgegen, in der die Wahl deutschen Rechts fehlt und läßt sich diese Wahl auch nicht stillschweigend aus den Umständen ableiten, so muß die deutsche Bank nach deutschem internationalen Privatrecht den "hypothetischen Parteiwillen" (Anknüpfung auf der dritten Stufe) ermitteln und kommt in der Regel zur Anwendung des fremden Heimatrechts der Muttergesellschaft²⁾. Das internationale Privatrecht bzw. internationale Vertragsrecht der Schweiz, Englands und Frankreichs verweisen bei der Anknüpfung auf dieser "Stufe" grundsätzlich ebenfalls auf das Recht, das am Sitz der Muttergesellschaft gilt³⁾. Demgemäß sind mit Rück- oder Weiterverweisungen auf andere Rechtsordnungen⁴⁾ nicht möglich. Es bleibt für die deutsche Bank bei

1) S. 145.

2) S. 151.

3) S. 150/167, S. 176, S. 185.

4) S. 153, S. 156, S. 157.

der Anwendung des ausländischen Rechts. Sie muß mit den Unwägbarkeiten, die sich aus dem fremden Recht ergeben können, rechnen.

Es sollte daher auch im internationalen Wirtschaftsverkehr die von der französischen Association Professionnelle des Banques in 1975 gegenüber ihren Mitgliedsinstituten ausgesprochene Empfehlung aufgegriffen werden, wonach auch "harte" Patronatserklärungen nur von Muttergesellschaften mit unzweifelhafter Reputation hereinzunehmen sind¹⁾.

Durch ähnliche Erwägungen wie zur Aufnahme einer Rechtswahlklausel (S. 230/231) sieht sich eine Bank oftmals gehindert, für den Fall eines Rechtsstreits Vorsorge durch Gerichtsstandsvereinbarung oder Schiedsgerichtsvereinbarung für ein ihr genehmes Gericht bzw. Schiedsgericht zu treffen. Erfahrungsgemäß wird in der Praxis in einer Patronatserklärung kein Gerichtsstand festgelegt oder auf ein Schiedsgericht verwiesen, wobei die Parteien in vielen Fällen auch darauf vertrauen, daß es zu einem Rechtsstreit gar nicht erst kommen werde²⁾. Eine deutsche Bank wird daher in der Regel am Sitz der Muttergesellschaft gegen diese gerichtlich vorgehen müssen. Kann sie dagegen einen deutschen Gerichtsstand durchsetzen, so ergeben sich im Falle ihres Obsiegens für die Anerkennung und Vollstreckung

1) S. 118.

2) S. 191.

einer gerichtlichen Entscheidung im Zusammenhang mit einer Patronatserklärung keine besonderen Hindernisse. Die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen ist in bezug auf die Schweiz durch das deutsch-Schweizer Abkommen vom 2. 11. 1929, in bezug auf England durch das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 14. 7. 1960 und in bezug auf Frankreich durch das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 9. 1968 geregelt¹⁾.

Obwohl auf der Bankenseite generell eine gewisse Zurückhaltung gegenüber Schiedsgerichtsverfahren festgestellt werden kann, sollte im Einzelfall erwogen werden, ob es nicht mit Rücksicht auf den geschäftlichen Kontakt zwischen den Beteiligten und die Diskretion eines Schiedsgerichtsverfahrens sinnvoller ist, ein (institutionelles) Schiedsgericht einzuschalten²⁾. Für die Anerkennung und Vollstreckung gilt zwischen den hier genannten Staaten das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. 6. 1958 und zwischen Deutschland und Frankreich daneben das Europäische Übereinkommen vom 21. 4. 1961 über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit³⁾. Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen im Zusammenhang mit Patronatserklärungen dürften damit ohne besondere Schwierigkeiten möglich sein.

1) S. 202 ff.

2) S. 204.

3) S. 225 ff.

Lebenslauf

Am 4. 12. 1943 wurde ich als viertes Kind des Dipl.-Kfm. Theodor Telle und seiner Ehefrau Ilse geb. Neuwöhner in Garbolzum Krs. Marienburg/Hildesheim geboren.

Nach vierjährigem Grundschulbesuch in Ehlershausen/Burgdorf und Hannover besuchte ich ab Ostern 1954 die Elisabeth-Granier-Schule, spätere Käthe-Kollwitz-Schule, Gymnasium für Mädchen, in Hannover.

Im September 1958 ging ich für 11 Monate nach England auf das St.Stephen's College in Broadstairs, Kent, und kehrte anschließend in meine Klasse in der Käthe-Kollwitz-Schule zurück.

Vom September 1960 bis Januar 1961 besuchte ich die High School in Chillicothe, Ohio, USA.

Im Februar 1963 legte ich in Hannover die Reifeprüfung ab.

Im Sommer- und Wintersemester 1963/1964 studierte ich an der Universität Göttingen Jura und setzte mein Studium bis zum 8. Fachsemester an der Universität München fort. Im ersten Termin 1967 legte ich dort mein erstes juristisches Staatsexamen ab.

Nach meiner Verheiratung mit Christian Georg Seiler 1967 in Berlin absolvierte ich den 2 1/2-jährigen Referendardienst beim Kammergericht in Berlin und schloß diese Ausbildung im November 1970 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung ab.

Seit Februar 1971 bin ich als Syndikus einer Privatbank in Bochum tätig.

